

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Beatriz de Souza Cabezas**

**Crítérios Judiciais de Aplicação das Medidas**

**Socioeducativas**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**Beatriz de Souza Cabezas**

**CrITÉrios Judiciais de AplicaÇão das Medidas**

**Socioeducativas**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Antonio Carlos da Ponte

**SÃO PAULO**  
**2008**

**Banca Examinadora**

---

---

---

*A meus amados pais Sandra e Juan, que com carinho, estímulo e amor souberam transmitir aos filhos as lições de justiça, ética e dignidade necessárias para enfrentar essa longa, bela e difícil trajetória que é a vida.*

*A meus irmãos Carlos e Mariana, pelo essencial apoio em tudo, minha eterna gratidão.*

*A meus avós Arthur e Marina (in memoriam) com quem tive a alegria de conviver em vida e tanta felicidade me trouxeram.*

*A Alexandre, pela compreensão, apoio e carinho, com amor.*

*Agradeço imensamente ao orientador desta dissertação, Dr. Antonio Carlos da Ponte, que sempre me estimulou em todos os momentos da minha vida acadêmica e profissional, exemplo de caráter e de mestre, para quem quero deixar registrada minha admiração e respeito profundo.*

## **RESUMO**

A presente dissertação teve por objetivo estabelecer os critérios judiciais de aplicação das medidas socioeducativas, analisando as peculiaridades e diferenciações destes com relação às penas. Para tanto, analisou-se a legislação constitucional e infraconstitucional relacionada à matéria desde as Ordenações Filipinas até o Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência de nossos Tribunais nos últimos 10 anos, bem como a intersecção do tema com relação ao Direito Penal. Os resultados alcançados revelam que: 1) existe uma responsabilidade penal juvenil com nuances próprias e principiologia específica; 2) o não-reconhecimento desta responsabilidade penal inviabiliza o acesso e permanência dos adolescentes no sistema de garantias de direitos, a materialização das políticas públicas e sua operacionalização; 3) a cultura menorista e ao mesmo tempo punitiva dos juízes brasileiros gera a imposição de medidas socioeducativas sem parâmetros legais, ao sabor da convicção pessoal de cada magistrado, sua peculiar leitura da lei e compreensão do tema, acarretando a imposição de medidas sem qualquer correlação com sua finalidade precípua, ou seja, a necessidade pedagógica do adolescente; 4) a ausência de infra-estrutura para execução das medidas socioeducativas nas Comarcas brasileiras também é um dos principais fatores que levam a não-observação dos critérios legais para a aplicação de tais medidas; 4) há uma crise de interpretação e implementação do ECA que urge ser resolvida, seja como uma mudança da mentalidade dos magistrados, seja com a criação de uma nova estrutura que possibilite o cumprimento das medidas socioeducativas, e para que se erija o adolescente como real sujeito de direito em peculiar condição de desenvolvimento.

Palavras Chaves: Estatuto da Criança e do Adolescente, adolescente infrator, direito penal juvenil, proteção integral, situação irregular, critérios de aplicação das medidas socioeducativas, sujeito de direito, punição, finalidade pedagógica

## **ABSTRACT**

This paper outlines judicial criteria related to social and educational judicial measures and analyses their similarities and differences in relation to criminal penalties. As a consequence, both constitutional rules and legal rules other than those within the Constitution have been studied, ranging from the so-called “Ordenações Filipinas” up to the Children and Adolescents Act; Brazilian jurisprudence of the past 10 years as well as the way Criminal Law relates to this paper’s theme. The results attained demonstrate that (1) there is juvenile criminal liability with specific characteristics and a particular set of principles; (2) non-recognition of such juvenile criminal liability hinders the access and permanence of teenagers in the system of legal guarantees and prevents materialization and onset of public policies; (3) both the “under age-oriented” judicial way of thinking among Brazilian judges and their inclination towards punishment gives rise to legally arbitrary social and educational measures, based on judges’ personal views and their particular understanding of the Law, which, in turn, produces judicial decisions without any relation to their main goal, that is to say, teenagers pedagogical needs; (4) lack of infrastructure for the execution of social and educational judicial measures in Brazilian cities is also a contributing factor which leads to non-compliance to legal criteria whenever such measures are adopted; (5) interpretation and effectiveness of the Children and Adolescents Act currently face challenges that need to be overcome, be it through judges changing their mentality, be it through the creation of new structures that enable social and educational measures, in order to establish teenagers as legal subjects in a peculiar state of development.

**Keywords:** Children and Adolescents Act, juvenile delinquent, Juvenile Criminal Law, full protection, irregular situation, criteria for social and educational judicial measures, legal subject, punishment, pedagogical goal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I. CRIANÇA E ADOLESCÊNCIA – SURGIMENTO DO SEU CONCEITO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO II. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO RELACIONADA À INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA</b> .....	19
2.1. Etapa de caráter penal indiferenciado.....	21
2.2. Etapa de caráter tutelar.....	25
2.3. Etapa de caráter penal juvenil ou etapa garantista .....	40
<b>CAPÍTULO III. SISTEMA PENAL JUVENIL</b> .....	50
3.1. Inimputabilidade e Responsabilidade de Adolescentes Infratores .....	50
3.2. Direito Penal Juvenil .....	63
3.3. Princípios atinentes ao Direito Penal Juvenil .....	69
3.3.1. Princípio da Legalidade ou Reserva Legal.....	70
3.3.2. Princípio da Intervenção Mínima .....	72
3.3.3. Princípio da Lesividade .....	74
3.3.4. Princípio da Humanidade .....	76
3.3.5. Princípio da Culpabilidade.....	78
3.4. Princípios fundamentais do direito penal juvenil .....	80
3.4.1. Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.....	80
3.4.2. Princípio do melhor interesse do adolescente.....	83
3.4.3. Princípios da brevidade e da excepcionalidade na privação de liberdade .....	84
<b>CAPÍTULO IV. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS</b> .....	86
4.1. A natureza jurídica das medidas socioeducativas .....	86
4.2. Critérios judiciais para a individualização das medidas .....	91
4.2.1. Critério da necessidade pedagógica .....	92

4.2.2. Critério da capacidade de cumprimento .....	95
4.2.3. Critério da proporcionalidade .....	99
4.2.4. Critério balizador do sistema de aplicação de penas aos adultos como critério para aplicação das medidas socioeducativas – divergência.....	101
4.3. Conjecturas sobre a pertinência jurídica da atuação de magistrados na área.....	104
4.3.1. A não observância dos critérios legais nas fundamentações das sentenças socioeducativas pelos magistrados .....	105
4.3.2. A observância dos critérios e a existência da barreira estrutural a impedir sua concretização .....	110
<b>CAPÍTULO V. MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS .....</b>	<b>114</b>
5.1. Medidas socioeducativas não privativas de liberdade.....	114
5.1.1. Advertência .....	114
5.1.2. Obrigação de reparar o dano .....	116
5.1.3. Prestação de serviços à comunidade.....	116
5.1.4. Liberdade assistida.....	119
5.2. Cumulação de medidas não privativas de liberdade e conveniência .....	120
5.3. Medidas Socioeducativas Privativas de Liberdade .....	121
5.3.1. Semiliberdade.....	126
5.3.2. Medida de internação .....	128
<b>CAPÍTULO VI. REMISSÃO .....</b>	<b>132</b>
<b>CAPÍTULO VII. PRESCRIÇÃO .....</b>	<b>134</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

O sentido desta pesquisa dissertativa é compreender os critérios judiciais de aplicação das medidas socioeducativas, traçando suas peculiaridades e diferenciações com relação às penas. Além disso, procura se estabelecer os porquês de tais diferenciações bem como as implicações que estas trazem ao que se denomina, nesta dissertação, de Direito Penal Juvenil.

Ao longo dos anos de militância profissional como magistrada em São Paulo, durante atuação em Vara de Infância e Juventude, o assunto sempre me trouxe inquietações, seja pela dificuldade de estabelecer os parâmetros específicos no âmbito socioeducativo seja pela dificuldade operacional em aplicá-los.

No ano de 1998, quando iniciei a carreira como juíza substituta, pouca literatura existia sobre o assunto e não raro a jurisprudência impunha visão que reputava distorcida, ora imputando ao tema tratamento nitidamente penal ora tratando-o como um problema meramente social.

Além disso, não raras vezes, deparei-me com Comarcas no interior do Estado onde não existiam recursos materiais nem pessoal técnico capacitado que autorizassem uma correta aplicação da medida socioeducativa.

O pior é que já haviam se passado oito anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a mudança do paradigma da situação irregular para a proteção integral ainda não havia se concretizado.

Os anos se passaram e constatei que era necessária uma *mea culpa*, era necessário rever entendimentos e descobrir soluções juridicamente consistentes, proporcionando uma atuação judicial segura e

coesa. Este estudo é fruto da frustração passada durante minha atuação profissional e também da esperança que nunca esmoreceu de encontrar caminhos, buscando uma lógica que venha a reforçar a noção do adolescente como pessoa em especial condição de desenvolvimento e cuja condição deve nortear todas as ações a ele dirigidas.

Em um primeiro momento, até para que seja situado o objeto deste estudo, inicio o presente trabalho discorrendo sobre o surgimento do conceito de criança e adolescente e da mudança da visão sobre esse grupo durante os tempos. Isto porque a história da legislação afeita a tais sujeitos está implicitamente ligada à visão que a sociedade em cada época possui da infância e da adolescência.

Passa-se em seguida ao estudo do Direito Penal Juvenil, ou melhor, do que se entende como Direito Penal Juvenil e a necessidade deste assim ser caracterizado.

Parte-se do pressuposto que as medidas socioeducativas e as penas, embora tenham substância equivalente, já que ambas restringem ou privam o destinatário de bens especialmente tutelados pela ordem jurídica, tolhendo o pleno exercício dos direitos fundamentais naturais e obrigando-o a se submeter a um determinado regime sem se importar a sua anuência, diferem sobremaneira quanto a sua finalidade, que, no âmbito socioeducativo, é primordialmente pedagógica.

Reconhece-se uma responsabilidade penal juvenil com nuances e principiologia próprias.

Em seguida, analisam-se os critérios que a legislação constitucional e infraconstitucional dá ao julgador na aplicação das medidas socioeducativas e no que estes se diferenciam dos critérios judiciais de aplicação das penas, chegando-se à conclusão que, muitas vezes, estes não são os observados pelos magistrados. Ou por conta de uma cultura menorista que ainda permeia o Judiciário brasileiro. Ou por conta de uma cultura punitiva penal que os magistrados transportam à justiça socioeducativa.

Conclui-se ainda que nem sempre os critérios norteadores da atividade judicial são os responsáveis pelas escolhas dos magistrados em relação às medidas socioeducativas a serem aplicadas, mas sim os meios e infraestrutura que estes dispõem na Comarca em que atuam, o que põe em descrédito a Justiça Penal Juvenil tanto junto ao adolescente que recebe a medida como junto à comunidade em geral. Constata-se assim o aproveitamento de uma estrutura precária anterior, sem grandes inovações que a legislação nova exige, nem capacitação dos profissionais da área da infância e da juventude.

Se os direitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente reclamam por uma nova mentalidade dos magistrados, dos membros do Ministério Público e da sociedade, precisam também de uma nova estrutura que possibilite o cumprimento das medidas socioeducativas. Dezoito anos depois da publicação da lei ainda não se sabe qual o seu real valor, isto porque ela ainda não foi completamente implementada.

Constata-se assim a veracidade da observação de Emilio Garcia Mendez no tocante à crise de interpretação e implementação do ECA na realidade brasileira.

Problemas estão no âmago de três situações: a cultura punitiva da sociedade, a distorção na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente e os problemas da própria legislação. Além disso, ainda existe pouca doutrina que relacione os campos do Direito abordados, que são considerados praticamente independentes – Direito Penal, Processo Penal e Direito da Criança e do Adolescente – um dos fatos que dificultam o avanço na construção jurisprudencial sobre o tema.

Sei que meu detalhamento do tema nesta dissertação não é exaustivo, mas busca-se através da análise da legislação e da realidade que cerca a magistratura e, que me é cara, trazer alguma contribuição ao debate. Somente alcançaremos êxito nesta empreitada olhando nossa

realidade, dentro da realidade. E é justamente neste aspecto que este trabalho pretende contribuir.

## **CAPÍTULO I. CRIANÇA E ADOLESCÊNCIA, O SURGIMENTO DO CONCEITO MODERNO**

Os conceitos de criança e adolescente, naturais na linguagem e cultura das sociedades ocidentais contemporâneas, nem sempre foram compreendidos com o significado que lhes é atribuído hoje em dia.

Não vai longe o tempo em que a criança, o adolescente e o adulto eram tratados exatamente da mesma forma, sem qualquer consideração das diferenças típicas do estágio de desenvolvimento de cada um.

A criança era entendida como um adulto em miniatura, com problemas similares aos dos adultos. Vestia-se, comportava-se e trabalhava como adulto.

Foi somente a partir do novo modelo pedagógico instalado definitivamente no século XVIII, segundo Philippe Ariès, que se passou a pensar a infância e adolescência como etapas desenvolvimentais normais, esperadas e previsíveis dos seres humanos, as quais engendram uma subjetividade e uma especificidade que não se confundem com a condição de maturidade característica da vida adulta.

Através da obra “História Social da Criança e da Família”, considerada clássica, Philippe Ariès<sup>1</sup> construiu sua tese sobre a construção da categoria infância e adolescência e a qual merece citação nesta dissertação.

Ariès ensina que, na Idade Média, no início dos tempos modernos, e por muito tempo ainda nas classes populares, as crianças misturavam-se com os adultos assim que eram consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, ou seja, aproximadamente, aos

---

<sup>1</sup>ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Ed, 2006. p. 123-129.

sete anos de idade. A partir de então ingressavam na comunidade dos homens, participando com seus amigos jovens ou velhos dos trabalhos e dos jogos de todos os dias.

Não havia qualquer ritual de passagem, diferentemente da *paideia* helenística, que pressupunha uma diferenciação e uma passagem entre o mundo das crianças e o dos adultos, a qual era realizada por meio da iniciação ou educação<sup>2</sup>. Na civilização medieval bastava à criança atingir o patamar de aproximadamente sete anos para entrar para o Mundo dos Adultos e ser encarada como tal, não existindo consciência social da particularidade de tais seres.

O grande acontecimento que gerou a noção atual de criança na sociedade moderna foi o reaparecimento da preocupação com a educação.

Segundo Ariès, esse interesse animou um certo número de eclesiásticos e juristas ainda raros no século XV, mas cada vez mais numerosos e influentes nos séculos XVI e XVII, quando se confundiram com os partidários da reforma religiosa. Eram antes de tudo moralistas, que lutaram com determinação contra a anarquia da sociedade medieval (ou o que lhes parecia então ser a anarquia da sociedade medieval) e incitavam os fiéis a procurar sua salvação longe deste mundo pagão, no retiro dos claustros.

Iniciou-se, então, uma verdadeira moralização da sociedade: o aspecto moral da religião pouco a pouco começou a prevalecer na prática

---

<sup>2</sup>“Em Esparta os jovens somente passavam à classe dos adultos após os 30 anos. Até essa idade eram educados e preparados para integrar a sociedade. Os jovens eram visitados pelos éforos, em cada 10 dias, com objetivo de verificar-lhes as roupas, as camas, isto é, se estavam de acordo com a educação social. Caso não estivessem de acordo com o determinado eram severamente tratados. Registre-se que todos os adultos tinham o direito de assim proceder com os jovens e os menores, chamando-lhes a atenção, corrigindo-os e até castigando-os.” (CAMARGO SOBRINHO, Mario de. Algumas considerações sobre o adolescente infrator face à legislação nacional e alienígena. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, p. 99, maio 2000) (Éforos consistia em um conselho de cinco membros eleitos anualmente pela Apela (assembléia do povo). Os Éforos controlavam o sistema educacional e a distribuição de propriedade, censuravam a vida dos cidadãos e tinham o direito de veto sobre qualquer lei (in CONHECER – dicionário enciclopédico. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1967. v. 7, p. 320).

sobre o aspecto sacro ou escatológico. Foi assim que se iniciou o reconhecimento da importância da educação.

A influência dos moralistas foi grande sobre a história da escola, a transformação da escola livre em colégio vigiado. As ordens religiosas fundadas então, como os jesuítas ou os oratorianos, tornaram-se ordens dedicadas ao ensino, e seu ensino não se dirigia mais aos adultos, como o dos pregadores ou dos mendicantes da Idade Média: era essencialmente reservado às crianças e aos jovens. Essa literatura e propaganda ensinaram aos pais que eles eram guardiões espirituais, que eram responsáveis perante Deus pela alma, e até mesmo, no final, pelo corpo de seus filhos.

Passou-se a admitir que a criança não estava madura para a vida, e que era preciso submetê-la a um regime especial, a uma espécie de quarentena antes de deixá-la unir-se aos adultos.

Essa nova preocupação com a educação pouco a pouco se instalava no seio da sociedade e a transformaria totalmente. A família deixa de ser apenas uma instituição do direito privado para a transmissão dos bens e do nome, e assume uma função moral e espiritual, passando a formar os corpos e as almas.

O cuidado dispensado às crianças passou a inspirar sentimentos novos, uma afetividade nova, exprimido no sentimento moderno da família. Os pais não se contentavam mais em pôr filhos no mundo, mas sim em prepará-los para a vida. A moral da época lhes impunha proporcionar a todos os filhos, e não apenas ao mais velho – e, no fim do século XVII, até mesmo às meninas – essa preparação para a vida, a qual, por sua vez, era assegurada pela escola, que passava a ser protegida pela justiça e garantida pela política social.

A infância foi prolongada, reconhecendo-se uma etapa intermediária, a adolescência, cuja compreensão de suas peculiaridades surgiu com a separação das classes de acordo com a idade da criança para facilitar e igualar o aprendizado.

No início, o senso comum aceitava sem dificuldades a mistura das idades. Chegou um momento, porém, que surgiu uma repugnância nesse sentido, primeiramente, em favor das crianças menores. Os pequenos alunos de gramática foram os primeiros a serem distinguidos. Mas essa insatisfação não parou neles. Estendeu-se também aos maiores, alunos de lógica e de física e a todos os alunos de artes, separando-os a princípio no intuito de adaptar o ensino do mestre ao nível do aluno. Mais tarde, porém, verificou-se que era necessário também repartir os alunos segundo sua idade e seu desenvolvimento, compreendendo-se que os mais novos tinham peculiaridades diversas dos mais velhos.

No entanto, a real compreensão da adolescência como temos hoje começou a desenhar-se por volta do século XIX, afirmando-se no século XX, quando se passou a reconhecer que a criança passava por um período de transição, onde sofria transformações físicas e psíquicas por volta dos doze anos de idade, quando buscava afirmar seu papel social junto à comunidade em que vivia.

De qualquer forma, o reconhecimento da criança e do adolescente como seres com peculiaridades diversas das dos adultos e passíveis de educação e formação pedagógica, confinou uma infância outrora livre num regime disciplinar rigoroso.

A noção da fraqueza da infância (de que crianças e adolescentes precisam de cuidados especiais) e o sentimento da responsabilidade dos mestres retiraram destes a condição de primeiros camaradas das crianças. Pelo contrário, surgiu um distanciamento entre mestres e alunos, justamente a fim formar os espíritos, inculcar virtudes e educar tanto quanto instruir. O diretor e o mestre passavam a ser depositários de uma autoridade superior e dotados de um poder disciplinar cada vez mais rigoroso.

Tal sistema previa a vigilância constante, a delação erigida em princípio de governo e a aplicação ampla de castigos corporais. Infringiu-

lhe o chicote, a prisão, em suma, as correções reservadas aos condenados das condições mais baixas.

Neste ponto, como bem lembrado por Ana Paula Motta Costa, vale traçar um paralelo com o pensamento de Foucault<sup>3</sup>, a respeito da modernidade e o papel exercido pela técnica da disciplina no seu surgimento.

Conforme Ana Paula, ao analisar a sociedade moderna, Foucault identificou a disciplina como sua forma característica de poder, a qual é exercida através das suas várias instituições. Anotou que a modernidade tinha como elementos constituintes o Estado de Direito, a industrialização e o surgimento da epistemologia das ciências do homem, mas que era a disciplina sua técnica de controle e manutenção. De outra parte, é também através de técnicas de disciplina, como a visibilidade e o exame, que se constituiu a figura do indivíduo tal como o conhecemos.

“As disciplinas deste momento histórico constituem uma ‘anatomia política’ que é igualmente uma ‘mecânica do poder’. O momento da disciplina estendeu-se para a sociedade em geral, estando a serviço de sua formação e de sua manutenção e bojo do nascimento do homem moderno. É encontrado em funcionamento nos colégios, nas escolas primárias, nos espaços hospitalares, na organização militar e no sistema prisional.

O saber e o bom comportamento são valores que toda a comunidade busca rumo à salvação, que diferenciam os indivíduos conforme seu grau de evolução. Portanto, paralela ao surgimento da categoria infância e das instituições da modernidade responsáveis pelo seu adestramento, surgiu também a forma de classificação das infâncias, entre aquelas incluídas no espaço escolar e familiar, adestráveis por estas instituições, e as outras, não facilmente socializáveis, mais difíceis, com maior necessidade de visibilidade.

Nem todos os integrantes da categoria infância têm acesso à instituição escola, e, por motivos diversos, parte dos que nela são incorporados acabam evadindo-se ou sendo expulsos. A diferença sociocultural que se estabeleceu entre aqueles incluídos e os excluídos da escola fizeram surgir, junto à categoria infância, a paralela categoria ‘menor’, destinada a designar as crianças abandonadas e

---

<sup>3</sup>FOUCAUT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1987. p. 125-152.

delinqüentes, a quem outras instituições deveriam exercer o papel de condicionamento e disciplina.

Na sociedade da disciplina nasceu o indivíduo, que, segundo Foucault, foi adquirindo mais visibilidade quanto maior fosse sua diferença em relação à homogeneidade, com o objetivo de torná-lo igual. Assim passaram a ter mais visibilidade as crianças, os loucos, os doentes, os delinqüentes, os menores.”<sup>4</sup>

A preocupação em humilhar a infância para distingui-la e melhorá-la, porém, se atenuaria ao longo do século XVIII. Na França, a opinião pública começou a se manifestar pela repugnância ao regime disciplinar escolástico, o que resultou em sua supressão por volta de 1763, quando as autoridades reorganizaram o sistema escolar.

O caráter servil e aviltador do castigo corporal não eram mais reconhecidos como adaptado à fraqueza da infância. Ao contrário, ele provocava uma reprovação que, se de início foi discreta, aos poucos, consolidou-se na idéia de que a criança era sujeito de direitos e que não merecia nem devia ser metodicamente humilhada.

Essa construção histórica do conceito de criança e adolescente é primordial para entendermos as fases por que passou a legislação pertinente à Infância e Juventude e que, em seguida, passaremos a dissertar.

---

<sup>4</sup>COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 48-49.

## **CAPÍTULO II. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO RELACIONADA À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA**

Começamos nosso estudo da legislação pertinente à Infância e Juventude no início do século XIX, mais precisamente em 1808, quando Dom João VI aportou no Brasil.

Nessa época estavam em vigência no Brasil as Ordenações Filipinas que vigoraram até 1830, com o advento do Código Penal do Império.

Havendo naquele tempo uma Igreja oficial, que era a Católica, primados do Direito Canônico presidiam a jurisdição do Estado. Pelo tradicional catecismo católico, a idade da razão era alcançada aos sete anos.<sup>5</sup> Também do ponto de vista do Estado, no início do século XIX, sete anos era o marco da responsabilidade penal, justamente a idade pela qual no século XIII a criança segundo Philippe Ariès ingressava no mundo dos adultos e era tratada como tal.

Vê-se assim que, embora a noção das peculiaridades da infância e adolescência já houvesse sido construída no século XIX, do ponto de vista penal as crianças e adolescentes ainda eram tratados como adultos tal qual no século XIII, com uma única concessão do legislador no que toca à redução da pena.

Com relação à idade penal e as medidas aplicáveis aos infratores, nas Ordenações Filipinas (1603-1830), o título CXXXV, do Livro V, dispunha:

*“Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.*

---

<sup>5</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2005. p. 26.

*E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.*

*E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commetido, e as circunstâncias delle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural.*

*E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido.*

*E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador dar-lhe outra menor pena.*

*E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum”*

Desta forma, era vedada apenas a aplicação da pena de morte aos menores de 17 (dezessete) anos, com possibilidade de aplicação de pena mais branda, sendo cabível, porém, normal responsabilização nas demais hipóteses.

Enquanto no Brasil a legislação vigorante era essa, na Inglaterra se construía o embrião do Direito da Infância, sendo editada a primeira normativa de combate ao trabalho infantil, conhecida como Carta dos Aprendizizes, de 1802, ato que limitava a jornada de trabalho à criança trabalhadora ao máximo de doze horas diárias e proibia o trabalho noturno.<sup>6</sup>

Com a proclamação da Independência em 1822, na esteira do determinado pela Constituição de 1824 e inspirado no modelo do Código Penal Francês de 1810, nascia no Brasil o Código Criminal do Império (1830).

O nascimento de referido Código marca o início no Brasil da etapa penal indiferenciada, etapa esta identificada e nomeada por Emilio

---

<sup>6</sup>SARAIVA, João Batista Costa. op. cit., p. 29.

Garcia Mendez<sup>7</sup> como a primeira pela qual a História do Direito Juvenil passou, e a partir de cuja classificação passaremos a dividir a narrativa deste Capítulo.

Emilio Garcia Mendez, abordando a trajetória do Direito da Criança na Normativa Internacional, dividiu a história do Direito Juvenil em três etapas: a) de caráter penal indiferenciado; b) de caráter tutelar e c) de caráter penal juvenil. Cada uma com suas peculiaridades e refletindo a mentalidade de cada época. E sobre as quais dissertaremos a seguir.

Adotamos tal divisão por entender que esta ajuda a inserir o Brasil e identificá-lo no contexto regional latino-americano e porque bem expressa as diversas fases sócio-históricas que se seguiram a partir das diferentes concepções de justiça, de direito e de entendimento do conceito de criança e adolescente, estabelecendo as bases sócio-jurídicas para a compreensão do Direito Penal Juvenil da atualidade.

### **2.1. A etapa de Caráter Penal Indiferenciado**

A primeira etapa, denominada, etapa de caráter penal indiferenciado, situa-se entre o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX e se caracteriza por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, apenas com a ressalva de redução da pena para os primeiros, mas permitindo, contudo a execução da pena de ambos no mesmo estabelecimento penal, na mais absoluta promiscuidade.

O Código Criminal do Império como acima narrado é o marco da etapa penal indiferenciada no Brasil.

---

<sup>7</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano. *Ministério Público. Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2007.

Referido Código adotou o critério do discernimento, pelo qual a imputabilidade estava baseada na condição pessoal de maturidade do agente em relação ao ilícito praticado, estabelecendo que:

*“Artigo 10. Também não se julgarão criminosos:*

*§ 1º Os menores de quatorze annos.*

*§ § 2º a 4º - omissis.*

*Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedentes não possam ser punidos, os seus bens contudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.*

*Art. 12. Omissis.*

*Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commetido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de dezeseite annos”.*

Assim, em regra, os menores de 14 (catorze) anos eram tidos por inimputáveis, salvo se houvesse constatação de que agiram com discernimento da ação criminosa, oportunidade em que seriam encaminhados para tratamento em Casas de Correção, com limitação de submissão da medida até os dezessete anos. Portanto, a maioria penal ocorria a partir dos 14 anos, sendo que os menores abaixo desta idade poderiam, também, ser considerados penalmente responsáveis, uma vez constatado que agiram com discernimento.

Vale lembrar, conforme João Batista Saraiva, que em 1840 foi procedida à emancipação de Dom Pedro II, que aos 14 anos de idade passou a governar o Brasil, extinguindo-se o período da Regência<sup>8</sup>, o que bem demonstra a mentalidade e os valores da época.

Com o advento da República em 1889, o Código Penal do Império foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto n. 8476, de 11 de outubro de 1890.

---

<sup>8</sup>SARAIVA, João Batista Costa. op. cit., p. 29.

De acordo com seus dispositivos, os menores de 9 anos de idade eram completamente irresponsáveis por seus atos (art. 27, § 1º). Na faixa dos 9 aos 14 anos, a responsabilização era condicionada à demonstração do discernimento (art. 27 § 2º), adotando-se o critério biopsicológico. O art. 30 do Código Penal da República, por sua vez, previa o recolhimento dos infratores dessa faixa etária em estabelecimentos disciplinares.

Na faixa seguinte, dos 14 aos 17 anos, o discernimento era sempre presumido, o que resultava na diminuição de dois terços das penas cominadas aos adultos. Dos 17 aos 21 anos, havia a imposição das mesmas penas dos adultos, mas com atenuantes.

Com as transformações econômicas, políticas e sociais do século XIX o tratamento dispensado à infância e à adolescência também se transforma. Conforme ensina Karyna Batista Sposato<sup>9</sup>, a criança deixa de ser objeto de interesse e preocupação exclusivos da família e da Igreja, para figurar também entre as competências administrativas do Estado.

A consolidação dos modelos de produção capitalista através da industrialização brasileira, a urbanização acelerada e desorganizada causada pela vinda de ex-escravos e imigrantes europeus aos centros urbanos fizeram aumentar o número das crianças e adolescentes que viviam nas ruas e contribuíram para chamar a atenção do problema pelo Estado, que se viu compelido a criar as colônias correcionais, uma vez que as casas de correção previstas no Código Imperial de 1830 nunca saíram do papel.<sup>10</sup>

O aumento de crianças e adolescentes nas ruas também ajudou a construir no imaginário popular a figura do “menor” como

---

<sup>9</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2006. p. 28.

<sup>10</sup>Com relação a esse período Mauricio Neves de Jesus cita “a Lei n. 947 de 29 de dezembro de 1902, que Reforma o Serviço Policial no Districto Federal, em cujo texto lê-se: “Fica o Poder Executivo autorizado a crear uma ou mais colônicas correcionaes para rehabilitação, pelo trabalho e instrucção, dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos que forem encontrados e como taes julgados no Districto Federal” in JESUS, Mauricio Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. 1. ed. Campinas, SP: Servanda Ed, 2006. p. 40-41.

sinônimo de pequeno bandido, autor de delitos tipificados como vadiagem, mendicância, prostituição, furtos e roubos, e o qual deve e necessita ser objeto de tratamento correcional e higienista.

Segundo Karyna Batista Sposato<sup>11</sup>, “a passagem do regime monárquico brasileiro para o republicano trouxe para o tratamento dispensado às crianças e adolescentes um complexo *aparato-médico-jurídico-assistencial*, cujas funções dividiam-se em *prevenção* (vigiar a criança), *educação* (adequar a criança ao trabalho), *recuperação* (reabilitar o menor vicioso) e *repressão* (conter o menor delinqüente). ...

O discurso da época republicana caracterizava-se por uma *lógica salvacionista* da própria sociedade, traduzida pela expectativa de civilizar o País e assegurar o futuro, pela transformação dos vadios em trabalhadores.”

Os Códigos Penais de 1830 e 1890 formalizam, portanto, a *etapa penal indiferenciada*, tendo nas palavras de Karyna Batista Sposato “como objeto central à “pesquisa do discernimento” e sua legitimação no contexto científico do positivismo criminológico e das conseqüentes teorias da defesa social que derivam dessa corrente.”

Tanto que a autora identifica a etapa penal indiferenciada com a “escola clássica”, quer pela concepção positivista do delito e da pena como entes jurídicos, quer pela percepção do delito como sintoma de periculosidade. Ressalta que, de acordo com essa escola do pensamento penal, a pena tem contornos definidos pela retribuição e a atenção é dirigida exclusivamente ao crime. Esses aspectos refletem-se de forma inquestionável no modo de intervenção estatal que se fundamenta nos Códigos Penais, em se tratando de delitos cometidos por crianças ou adolescentes.<sup>12</sup>

De qualquer forma, a preocupação social em preservar a integridade física de crianças e adolescentes no fim do século XIX chamou

---

<sup>11</sup>SPOSATO, Karyna Batista. op. cit., p. 28.

<sup>12</sup>Id. Ibid., p. 32.

a atenção para a indevida promiscuidade existente entre crianças, adolescentes e adultos em estabelecimentos prisionais, fato que passou a ser alvo de pesadas críticas na época, repercutindo num marco fundamental para as práticas sociopenais de tratamento da infância e adolescência no mundo todo.

Nos dizeres de João Batista Costa Saraiva, o movimento pelos direitos das crianças inaugurou o século XX reclamando o reconhecimento de sua condição distinta em relação ao mundo adulto.<sup>13</sup>

Assim, como resposta a referido movimento, foi criado em 1899, nos Estados Unidos, o primeiro Tribunal de Menores do Mundo, a *Juvenile Court Art de Illinois*, que marca justamente o início da segunda etapa da história do Direito Juvenil, a chamada etapa tutelar.

## **2.2. A etapa de Caráter Tutelar**

Tal etapa foi assim nominada por concentrar na autoridade do juiz de menores todas as prerrogativas, proporcionando-lhe ampla liberdade no julgar e no decidir sobre a vida de crianças e adolescentes, já que sob o manto da figura do bom *pater familiae*, este “sabia o que era melhor a eles”.

Tal etapa se inicia nos Estados Unidos, com a criação do primeiro Tribunal de Menores e se irradia pelo mundo, no início do século XX, quando em decorrência da experiência americana e por esta influenciada, quase todos os países europeus também criaram seus próprios Tribunais de Menores.

É possível mencionar a criação de Tribunais de Menores na Inglaterra (1905), Alemanha (1908), Portugal e Hungria (1911), França (1912), Japão (1922) e Espanha (1924).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>SARAIVA, João Batista Costa. op. cit., p. 35.

<sup>14</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec; IAS, 1998. p. 52.

Na América Latina, por sua vez, a Argentina, em 1921, foi a precursora na promulgação da primeira legislação específica relacionada à Infância e Juventude, a Lei 10.903, mais conhecida como Lei Agote. Foi depois seguida por Brasil (1923), Chile (1928) e Venezuela (1939).<sup>15</sup>

A opção do legislador foi estabelecer as questões relativas à infância e juventude fora do campo do direito penal propriamente dito, incluindo-as em uma legislação específica e justamente por isto obtendo maior repressão material.

Nas palavras de João Batista da Costa Saraiva, “para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou um monstro: o caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais”.<sup>16</sup>

Seguindo tal lógica, houve o despojamento de todas as garantias formais do processo penal em nome da proteção-repressão. O juiz, agindo com os poderes do bom pai de família, não estava sujeito ao princípio da inércia da jurisdição nem devia se submeter ao cumprimento do formalismo garantista das normas processuais.

A afirmação do Direito do Menor tem suas raízes no Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, no período de 29 de junho a 1º de julho de 1911, cuja magnitude do evento se deu não só em face do destaque dos juristas que dele participaram, mas também porque influenciou a criação dos juízos de menores por toda a Europa e América Latina, além de ter assentado os princípios do novo direito.

Martha de Toledo Machado, em seu livro “A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos”, citando Emilio Garcia Mendez, que foi buscar todas as referências aqui tratadas sobre o Congresso nas Atas do Encontro, publicadas pelo secretário do Congresso em Paris, 1912, elencou os temas tratados, que já revelavam o espírito que norteava a época:

---

<sup>15</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. op. cit., p. 52.

<sup>16</sup>SARAIVA, João Batista Costa. op. cit., p. 36.

“a) Deve existir uma jurisdição especial de menores? Sobre que princípios e diretrizes deverão se apoiar tais tribunais para obter um máximo de eficácia na luta contra a criminalidade juvenil?

b) Qual deve ser a função das instituições de caridade ante os tribunais e o Estado?

c) O problema da liberdade vigiada ou probatória. Funções dos tribunais depois da sentença.”<sup>17</sup>

A referida autora cita, também, para ilustrar o Direito do Menor, que então se construía, o discurso de abertura do Congresso do deputado e membro da Academia Francesa Paul Deschanel, que afirmou:

“Esses tribunais se transformarão, em todas as partes, em centros de ação na luta contra a criminalidade juvenil. Não somente ajudando-os a recuperar a infância decaída, mas também a preservar a infância em perigo moral. [...] Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade. (Atas, 1912, p.49)

E ainda citou os dois motivos mais importantes:

[...] declarados pelo Congresso, que servem para legitimar as reformas da justiça de menores: as espantosas condições de vida nos cárceres onde os menores eram alojados de forma indiscriminada com adultos e a formalidade e a inflexibilidade da lei penal que, obrigando a respeitar entre outros, os princípios da legalidade e de determinação da condenação, impediam a tarefa de repressão-proteção, própria do direito de menores.”<sup>18</sup>

Vê-se, assim, que embora revestido de uma certa roupagem protetiva (retirada dos menores dos cárceres dos adultos), o direito juvenil à época preocupava-se acima de tudo com o combate à criminalidade juvenil, confundindo e igualando tanto juridicamente como ideologicamente o conceito de infância carente e delinqüente.

---

<sup>17</sup>MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. 1. ed. Barueri, SP: Manole Ed, 2003. p. 36.

<sup>18</sup>Id., loc. cit.

Nessa nova doutrina que se delineava criou-se uma clara separação entre as crianças bem-nascidas e as excluídas, criando uma nova categoria jurídica: os menores.

A mentalidade dominante entendia que o abandono moral e material constituía-se um passo para a criminalidade. E que era necessário criar uma “nova justiça” através do saneamento moral da sociedade.

A institucionalização tornou-se, portanto, inquestionável como forma de prevenção e tratamento, em consonância com as idéias lombrosianas de que o meio poderia ser a causa da delinqüência juvenil.

O Estado lançava mão da opção política de educar pelo medo, mesmo que a institucionalização gerasse efeitos perversos à personalidade.

Ao mesmo tempo em que a criança devia ser protegida, devia também ser contida como forma de proteção da própria sociedade. O menor, por ser um perigo para si e para a sociedade, devia ser objeto de tratamento.

A periculosidade era associada a uma concepção positivista do homem e da humanidade, concebendo o delito como produto de uma suposta decadência genética. De modo geral, as teorias sobre criminalidade nos países considerados civilizados, por influência de Lombroso, apontavam o *locus* social como produtor da criminalidade violenta. Fatores como raça, clima, tendências hereditárias, condições de vida familiar e social, ociosidade, entre outros, eram considerados.

Na crítica que faz, ensina Emílio Garcia Mendez:

“(...)uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema constitui num compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de seqüestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada

patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e de menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, onde ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitos países da região – somente desentender-se das conseqüências reais das decisões da administração da justiça, assim como, o predomínio dos eufemismos permitiram ‘resolver’ esta situação, mantendo ‘limpa’ a consciência.”<sup>19</sup>

A lógica do Direito Tutelar, por sua vez, desaguou na ordem jurídica brasileira através da Lei federal 4.242/1921, da Lei de Assistência Social de Menores Delinqüentes e Abandonados editada em 1923, do Código Mello Mattos, de 1927, e anos mais tarde do Código de Menores de 1979.

A Lei federal 4.242 de 04.01.1921, que se tratava de peça orçamentária que determinou a organização de serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente (art. 3º, I), regulamentou as sanções e procedimentos destinados a infratores (art. 3º, § 16 a 37). Além disso, abandonou o sistema biopsicológico vigente desde o Código Penal da República, em 1890, afirmando em seu artigo 3º, §16, a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado quatorze anos de idade. Adotava-se, assim, um critério objetivo de imputabilidade penal, fixando-a em quatorze anos.<sup>20</sup>

Logo em seguida, em 1923, editou-se a Lei de Assistência Social de Menores Delinqüentes e Abandonados, que criou o primeiro Juizado de Menores no Brasil.

O Código de Menores foi criado quase quatro anos mais tarde pelo Decreto-Federal n. 17.943 de 1927, que teve sua origem num projeto

---

<sup>19</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano, cit.

<sup>20</sup>SARAIVA, João Batista Costa. op. cit., p. 40.

de proteção ao menor elaborado pelo primeiro juiz titular do Juizado de Menores, José Cândido de Albuquerque de Mello Mattos. Daí o referido código ficar conhecido na comunidade jurídica como *Código Mello Mattos*.

Mello Mattos foi o primeiro Juiz de Menores do Brasil e quem ficou à frente do juizado entre 1924 e 1934, ou seja, o período que compreendeu os últimos anos de debates que culminaram na consolidação do Código e os primeiros de sua aplicação, quando era necessário explicá-lo e adequá-lo, regulando o grau de abstração da norma para a sua aplicação concreta e razoável.

No Código Mello Mattos, como ensina Karyna Batista Sposato, identifica-se a Doutrina da situação irregular, a qual legitimou durante mais de seis décadas uma intervenção, não raro violenta, do Estado, ao estado perigoso sem delito, verificável dentre os menores de idade<sup>21</sup>.

Tal situação, continua Karyna, pode ser relacionada à tradição correcionalista espanhola, “sustentada especialmente por Pedro Garcia Dorado Montero, cuja característica central é compreender o delinqüente como um ser débil, cuja vontade defeituosa se manifesta no delito e através dele. Nesta perspectiva, a função penal aparece como um dever da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal. O critério fundamental de punibilidade não é a intenção do sujeito, e sim o perigo que representa para a sociedade. Concebendo o delinqüente como um ser débil e menor, a ele somente devem ser aplicadas medidas de proteção e tutela e não as penas. Propõe deste modo, um novo direito Penal que exerceria uma função tutelar dirigida a modificar e corrigir. Sugere, portanto, uma autêntica pedagogia correcional, e um direito penal voltado não ao castigo, mas à correção efetiva do delinqüente. Neste diapasão, resta à justiça, a incumbência de saneamento social, e, por conseguinte, a opção desmedida pela intervenção sobre um indivíduo que se demonstre perigoso, mesmo que não haja algum delito. O tratamento individualizado substitui a pena, e o critério definidor deste se dá não pela

---

<sup>21</sup>SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no ECA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, p. 135-136, jan./fev. 2006.

gravidade do delito, senão pelas necessidades e exigências pedagógicas concretas de cada delinqüente. O juiz se converte em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes.”<sup>22</sup>,

Tal situação fica bem ilustrada no art. 24 § 2º do Código de Menores que dizia: *“Se o menor for abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de 21 anos.”*

Como se vê, demasiado amplo era o leque de atuação do magistrado, que pela mera suposição de perversão do menor, podia cercear sua liberdade, colocando em casa de educação.

Criaram-se assim situações marcadas pela invasão de privacidade, em um sistema quase inquisitivo.

Assim, se de um lado a menoridade estava resguardada da aplicação da lei penal comum, de outro, com fundamento na nova legislação, ela não possuía mais nenhuma garantia processual. A ela não se aplicavam os princípios da reserva legal, contraditório e ampla defesa sob o falacioso argumento de que, quando o Estado lhes privava de liberdade o fazia como medida de natureza protetiva e não repressiva.

Importante dizer que pelo Código de Menores de 1927 a inimputabilidade foi fixada abaixo dos 14 anos de idade. Já no tocante à faixa etária dos 14 aos 18 anos, quando reconhecidos como delinqüentes, os adolescentes sofriam a responsabilidade penal, porém sob um processo

---

<sup>22</sup>SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no ECA, cit., p. 135-136.

especial. Prevendo casos de periculosidade entre 16 e 18 anos, autorizava o Decreto o internamento do menor. Nessa faixa (16 a 18 anos), o cometimento de delitos graves e a demonstração de periculosidade autorizavam o encarceramento em estabelecimentos destinados aos adultos. E, em razão da periculosidade, o tempo de permanência era indeterminado até que fosse alcançada a regeneração, sem, contudo, exceder o máximo legal.

Neste momento, necessário um parêntese para ponderar sobre a existência de flagrante contradição no Código de 1927, alertada por Mauricio Neves de Jesus, em *Adolescente em Conflito com a Lei*. Pelo disposto no parágrafo 2º do seu artigo 69, o menor infrator que não fosse abandonado nem pervertido ou que não estivesse em perigo de o ser, deveria ser recolhido a um reformatório por um período de um a cinco anos. Ora, se um jovem não fosse abandonado ou pervertido, assim considerado pelo juiz, como motivar a sua internação? E mais, se não estivesse em perigo de ser pervertido, seria recomendável que não convivesse com os reconhecidamente pervertidos, tanto por não precisar do tratamento quanto para não se perverter no próprio reformatório.

O parágrafo 3º do mesmo artigo tratava do menor infrator pervertido, abandonado ou em risco de o ser, que deveria ser internado em uma escola de reforma por um período não inferior a três anos e não superior a sete. Assim, o menor abandonado era internado pela prática do delito, mas a situação da qual foi vítima, o abandono, funcionava como verdadeira circunstância agravante da pena.

O sistema punitivo do Código Mello Mattos foi ainda mais severo em seu artigo 71, que previa a hipótese dos menores entre dezesseis e dezoito anos que cometessem crime considerado grave pelas circunstâncias do fato e pelas condições do agente, e ainda se ficasse comprovado que se tratavam de indivíduos perigosos pela perversão moral, serem punidos de acordo com a regra do artigo 65 do Código

Penal<sup>23</sup>. Em tais casos, deveriam ser remetidos a estabelecimentos prisionais comuns, mantidos, porém, separados dos condenados adultos, permanecendo reclusos até que se comprovasse a sua regeneração. Na prática, o menor infrator poderia assim ser submetido a uma pena privativa de liberdade e, pior, por tempo indeterminado, desde que não excedesse a pena máxima cominada.

Em resumo, quanto ao cometimento de ato definido como crime, o Código de 1927 separava os menores em três categorias de acordo com a idade: plenamente irresponsáveis até os quatorze anos, sujeitos a medidas disciplinares e de assistência entre quatorze e dezesseis anos e, por fim, penalmente responsáveis entre dezesseis e dezoito anos, observada a redução de um terço das penas privativas de liberdade previstas para os adultos.<sup>24</sup>

De qualquer forma, incongruências à parte do Código Mello Mattos, o certo é que as leis de proteção e assistência juntamente com os Tribunais de Menores sob o comando de Juízes também especiais passaram a constituir novos instrumentos de controle para o segmento pobre, em resposta aos temores de aumento da criminalidade infanto-juvenil, demonstrando que a doutrina que se esboçava nos temas discutidos em 1911, no Primeiro Congresso Internacional de Menores havia se consolidado e justificava a atuação dos juízes no Brasil à época.

O problema que se seguia, porém, era que em que pese o amplo raio de atuação dos magistrados, estes não contavam com uma estrutura que suportasse a execução de suas decisões.

A dificuldade em se aplicar o Código Mello Mattos evidenciava que o problema da infância e juventude estava intimamente ligado à questão social e tais questões passaram a integrar o discurso de especialistas e legisladores na Era Vargas.

---

<sup>23</sup>O art. 65 do Código Penal de 1890 previa a aplicação da pena de cumplicidade aos maiores de quatorze e menores de dezessete anos, ou seja, a pena da autoria reduzida de um terço.

<sup>24</sup>JESUS, Mauricio Neves. op. cit., p. 47-48.

Assim, como ensina Mauricio Neves de Jesus, “o reconhecimento da situação da infância como um problema social é explicitado nos discursos e nas leis, como consequência óbvia da situação generalizada de pobreza da população. Neste sentido, a conotação jurídica implícita na descrição do problema dos menores (abandonados e delinqüentes) cede espaço para uma caracterização de cunho social da infância e adolescência.

No texto constitucional de 1937 percebe-se a valorização da família do trabalhador e da previdência. O Estado chamava para si a responsabilidade pela desordem social e a infância e a juventude tinham suas garantias asseguradas no artigo 127 da Constituição de 1937.”<sup>25</sup>

A idéia de que os jovens precisavam de amparo refletiu com a extensão da inimputabilidade penal para os dezoito anos de idade. O Código Penal de 1940, baixado com o Decreto 2.848 de 7 de dezembro de 1940 declarava em seu artigo 23 que os menores de dezoito anos eram penalmente irresponsáveis e sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, ou seja, às medidas de pedagogia reformatória do Código de Menores.

Sobre o dispositivo citado escreveu Nelson Hungria:

“Este preceito resulta menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado como o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O delinqüente juvenil é, na grande maioria dos casos, um corolário do menor socialmente abandonado, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa.”<sup>26</sup>

No Governo de Getúlio Vargas, para atendimento dos menores de 18 anos, agora inimputáveis com o Código Penal de 1940, foi criado, em 1942, o SAM-Serviço de Assistência aos Menores.

---

<sup>25</sup>JESUS, Mauricio Neves. op. cit., p. 50.

<sup>26</sup>Id., loc. cit.

“Trata-se o SAM, nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa, de um órgão de Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população menor de idade. A orientação do SAM é, antes de tudo, correicional-repressiva e seu sistema baseava-se em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores carentes e abandonados...”<sup>27</sup>

Segundo Maria Liduina de Oliveira e Silva em tese de doutorado nesta universidade, “a filosofia do SAM era fundamentada na criminologia positivista européia do século XIX onde era dada ênfase às ciências biológicas e psicológicas para explicar cientificamente as “condutas” patológicas e sadias. É a partir desse enfoque que nasce a terminologia “delinqüente” utilizada preconceituosamente para demarcar o comportamento juvenil considerado “problemático” entendido como uma ameaça em potencial. Os estabelecimentos ligados ao SAM, como os Patronatos, as Colônias Agrícolas e os Centros de Recuperação, tinham estrutura e funcionamento análogos aos do sistema penitenciário, tornando-se verdadeiras prisões, com diferentes tipos de violações de direitos e de crueldades.”<sup>28</sup>

Obviamente que com tais características a experiência do SAM não se mostrou adequada para tratar da questão. Inúmeras críticas lhe foram endereçadas.

Segundo o Ministro Nelson Hungria, citado por Gutemberg Alexandrino Rodrigues em “Os Filhos do Mundo – a Face Oculta da Menoridade”, o SAM era uma fábrica de bandidos:

“Sabe-se que é o SAM: uma escola para o crime, uma fábrica de monstros morais. Superlotados e sob regime da mais hedionda promiscuidade; a sua finalidade prática não tem sido a de instruir para o cívico e sim para todas as infâmias e misérias. Todos os famosos delinqüentes precoces trazem a marca que o SAM lhes imprimiu, isto é, a

---

<sup>27</sup>JESUS, Mauricio Neves. op. cit., p. 42.

<sup>28</sup>SILVA, Maria Liduina de Oliveira. *O controle sócio penal dos adolescentes com processos judiciais em São Paulo: entre a “proteção” e a “punição”*. 2005. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005. p. 61-62.

erradicação total do brio, do amor próprio, do mínimo ético indispensável à vida em sociedade. O que lá se aprende é fazer do crime profissão e meio de vida. Não apenas o SAM, senão também os 17 pseudo-reformatórios que ele superintende, falharam redondamente nos seus objetivos. Deveriam ser arrasados, desde o teto até aos alicerces para que se começasse tudo de novo e sob moldes inteiramente diversos.”<sup>29</sup>

Com o advento do período militar a partir de 1964, o governo militar, assim como na Ditadura Vargas, assume plenamente sua função de interventor e controlador da assistência social, endurecendo ainda mais o tratamento e a institucionalização dados à infância brasileira.

Assim, no dia 1º de dezembro de 1964, o anteprojeto de criação da FUNABEM foi transformado em lei, recebendo o número 4.513 levando a assinatura de Milton Campos e a sanção do Presidente Marechal Castelo Branco. Sua função era coordenar uma política nacional de bem-estar do menor que foi inclusive incorporada como objetivo nacional, constando até mesmo de manual da Escola Superior de Guerra.

Substituíam-se o modelo do SAM para o da FUNABEM. E mais tarde as ramificações estaduais e municipais da FUNABEM, por sua vez, deram origem à Febem. Em 1976 é criada a Fundação de Bem-Estar do Menor do Estado de São Paulo (Febem/SP).

Nas lições de Maria Liduina de Oliveira e Silva “esse modelo deixou de lado a idéia do ‘menor’ como uma “ameaça social” (do SAM), passando a focalizar o ‘menor’ como ‘desviado’, ‘desajustado’, ‘desregrado’ e ‘marginal’. Segundo Costa (2000), o velho modelo da criminologia positivista do século XIX começa a ser ‘substituído’ pelas novas idéias do Instituto Interamericano Del Nino (INN) organismo especializado da Organização dos Estados Americanos (OEA). O ‘delinqüente nato’, ‘individuo de conduta anti-social’, ‘propenso ao delito’ e ‘dotado de alto grau de periculosidade’ da criminologia positivista (SAM) começa a ser

---

<sup>29</sup>RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os filhos do mundo: a face oculta da menoridade*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM Ed, 2001. p. 49.

‘substituído’ no discurso institucional funcionalista da FUNABEM/FEBEN’S pelo ‘menor’ privado de condições mínimas de desenvolvimento”.<sup>30</sup>

Karyna Batista Sposato entende que com tal política consolidou-se o que se convencionou a chamar de conhecimento biopsicossocial, isto porque, o aparato posto à disposição da Funabem/Febem utilizou-se das esferas médica, jurídica e pedagógica para exercer suas funções. “Aos médicos restou a tarefa de identificar patologias, aos juristas a busca de mecanismos legais de contenção, e aos pedagogos a definição de desajuste ou desvio de conduta – todos instrumentos estruturados para conferir legitimidade a um veredicto de periculosidade e punição previamente concebido.”<sup>31</sup>

No mesmo sentido, a tese de Maria Liduina de Oliveira e Silva, para quem “(...) Os que tinham ‘comportamentos desviantes’, como os “menores abandonados e delinqüentes” eram classificados como marginais e a FUNABEM (FEBEM’S) introduziu cientificamente, numa perspectiva interdisciplinar, os jargões técnicos do ‘carente’, do ‘bio-psico-social’ e outros termos que denotaram o ‘uso do conhecimento científico’ da época.

O discurso desse ‘novo’ modelo era conduzido pela ‘educação’ no sentido da ‘renovação de mentes’, que exercia vigilância aos ‘desviados’ e controlava o comportamento dos ‘menores’, fossem eles ‘abandonados’, ‘carentes’ ou ‘delinqüentes/infratores’. Na realidade, o ‘modelo do Bem-Estar’ é um paradigma ancorado no pensamento político autoritário da época e mais do que isso, o que estava em jogo ‘é uma meta futura de criação das condições de uma democracia de ‘cunho liberal’, tutelado por ora, para ser reconduzido no futuro (PASSETTI, 1992:152). O paradigma do “Bem-Estar” ou da situação “irregular” estava consubstanciado numa política nacional de conciliação e integração social, onde o

---

<sup>30</sup>SILVA, Maria Liduina de Oliveira. op. cit., p. 64-65.

<sup>31</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 45.

desenvolvimento econômico e a segurança nacional deveriam se expandir.”<sup>32</sup>

Pode-se dizer, assim, que a história da FEBEM-SP é marcada por uma ideologia militar, dentro da qual o lugar do adolescente, seja ele autor de ato infracional ou não, passou a ser objeto de “segurança nacional”.

A consagração da política nacional de bem-estar do menor se dá com o Código de 1979 e a construção de centros especializados destinados à recepção, triagem, observação e permanência de menores, onde a lógica constante do controle e da vigilância se perpetua como método de funcionamento.

E em tais centros encontravam-se internados não apenas infratores, mas em sua maioria crianças e adolescentes simplesmente carentes, que, em face da confusão conceitual criança carente/criança delinqüente, eram mantidos afastados da sociedade, tudo em nome da “suposta proteção” destes e com a justificação de que nas casas de internação estariam mais bem assistidos do que em companhia de suas pobres famílias.

Tal política de institucionalização acabou por criar uma condição de subcidadania desse grupo de jovens criados longe dos núcleos familiares, que, incapazes de exercer plenamente suas potencialidades, continuaram mais tarde, na fase adulta, marginalizados.

Para melhor ilustrar a construção jurídica da época, basta observar as disposições do Código de Menores de 1979, editado pela Lei Federal 6.697, de 8 de fevereiro de 1979.

O art. 1º da lei estabelecia: *“Este Código dispõe sobre a assistência, proteção e vigilância a menores: I- até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular (grifos nossos); II- entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.”*

---

<sup>32</sup>SILVA, Maria Liduina de Oliveira. op. cit., p. 65-66.

E artigo seguinte conceituava o menor em situação irregular como:

*“I- privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável de provê-las; II- vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III- em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V- com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal.”*

Diante de tal terminologia é que a doutrina da época ficou conhecida como doutrina da situação irregular.

Como ensina Karyna Batista Sposato citando Emilio Garcia Mendez, explicando tal período:

*“A mistura da competência penal e da tutelar fazia com que 95% da atividade jurisdicional fosse uma atividade de caráter tutelar. Essa competência tutelar fazia-o intervir naqueles casos não vinculados ao cometimento de um ato infracional, decorrentes de uma situação de pobreza. Com essa competência do juiz, os problemas sociais eram juridificados.”*<sup>33</sup>

As medidas aplicáveis aos menores em situação irregular, por sua vez, eram descritas pelo art. 13 do Código de Menores e distribuíam-se em: I- advertência; II- entrega aos pais ou responsável, ou à pessoa idônea mediante termo de responsabilidade; III- colocação em lar substituto; IV- imposição de regime de liberdade assistida; V- colocação em casa de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

---

<sup>33</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 48.

A medida de internação era excepcionalmente aplicada em estabelecimento destinado a maiores, e, se aos 21 anos não tivesse sido declarada a cessação da medida, o adolescente passaria à jurisdição do juiz incumbido das Execuções Penais, que poderia manter a privação de liberdade até entender extinto o motivo que fundamentou a medida.

Vê-se, assim, que Código permitia não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais na imposição das medidas, como também a continuidade da institucionalização desses jovens no sistema destinado aos adultos.

Com o passar dos anos, porém, constatou-se que nem o amplo leque de atribuições dado ao juiz de menores nem as medidas legais para prevenir e tratar o abandono e o desvio social da infância e juventude no Brasil surtiram os efeitos desejados. Além disso, os primeiros anos de aplicação do Código de Menores de 1979 foram os últimos anos do regime militar no país, uma época de transição, abertura política e restabelecimento do estado de direito. A sociedade civil, novamente com voz ativa, reclamava por novos conceitos, políticas sociais e participação. Estava aberta a fresta para a doutrina da proteção integral.

### **2.3. A etapa do Caráter Penal Juvenil ou Etapa Garantista**

A terceira etapa se instala com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, a qual inaugura um processo de responsabilização juvenil.

Tal etapa advém como uma resposta à conjuntura internacional que se vivenciava à época.

Nas décadas de 70 e 80 o mundo passou por mudanças substanciais na conformação de uma nova fase do capitalismo conhecida como globalização. Vivenciou o neoliberalismo, a revolução informacional e um processo de reestruturação produtiva, com o conseqüente aumento

do desemprego e da precarização das relações de trabalho. Reavivou o xenofobismo, a tolerância zero, a insegurança social e o aumento da pobreza.

Em razão de toda essa crise, o *Welfare State*, que até os anos 70 tinha sido referência de Estado social forte na seguridade social, produzindo pleno emprego, previdência social, saúde, assistência social, políticas públicas, direitos sociais e maior equidade social, já não mais atendia ao ensejo do capitalismo vigente. Era necessário encolhê-lo, ainda que com seu encolhimento a crise social avançasse sobre os direitos dos trabalhadores, das categorias profissionais e das geracionais, pondo em crise o paradigma da “proteção social” na Europa (equivalente ao da situação irregular no Brasil) que tinha como inspiração justamente o *Welfare State*.

Os jovens, por sua vez, com seus novos padrões comportamentais e culturais, passavam a ter grande evidência no mundo globalizado, seja pela violência que sofriam, seja pela violência que produziam. A criminalidade juvenil era posta em evidência e, com ela, a crítica sobre a impunidade juvenil.

Por conta então da transnacionalização do capitalismo, da democratização e do comportamento e violência juvenil, cristaliza-se a necessidade de reformulação completa da legislação menorista e seu sistema juvenil.

Tais mudanças tiveram, na área infracional, o sentido de conceder os direitos e garantias processuais, ao mesmo tempo em que impuseram mais limites, responsabilidades penais, controle sócio-penal e formas de punição aos adolescentes e jovens.

Era necessário que a Justiça Juvenil fosse construída com base na nova visão de Estado de Direito, de Estado Mínimo e de democracia participativa com os inerentes direitos e garantias jurídicas. E é justamente desse contexto de necessidade da promoção da cidadania de

crianças e adolescentes que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança emerge.

A partir da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, os adolescentes passam a ser responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. E a responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o jovem como sujeito de direito. É consequência do direito a ser como é, e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e mais direitos específicos que decorrem da condição da pessoa que está crescendo, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, menos ainda incapaz, simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento. As pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Tal etapa chama-se garantista, pela introdução do princípio da proteção integral em substituição à situação irregular, e pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, titulares de garantias positivas.

A Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança de 1989 tem suas origens 10 anos antes, quando passados vinte anos da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a ONU, em um balanço mundial dos avanços alcançados na efetivação dos direitos enunciados em tal Declaração, constatou a necessidade da criação de uma Normativa Internacional com força cogente apta a dar efetivamente a tais direitos.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou então um grupo de trabalho para estudar a questão, no qual puderam participar delegados de todos os países membros da ONU, além dos representantes obrigatórios dos 43 Estados integrantes da Comissão, organismos internacionais como a UNICEF e o grupo *ad hoc* das organizações não-governamentais.

Assim, em 1989, no trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, a Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Nova Iorque, aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança. Desde então, os Direitos da Criança passam a se assentar sobre um documento global, com força coercitiva para os Estados signatários, entre os quais o Brasil.

“A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança se caracteriza por conceitos como separação, participação e responsabilidade.

O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade.

Porém o caráter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso e progressivamente numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.”<sup>34</sup>

Conforme ensina João Batista Saraiva em *Adolescente em Conflito com a Lei*, a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”, a qual engloba a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, conhecidas como Regras de Beijing (29/11/85), as Regras das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (14/12/90) e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad (14/12/90).<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano*, cit.

<sup>35</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.*, p. 56.

Se no âmbito internacional o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos teve sua coroação com a Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança de 1989, no Brasil, ainda que o ECA date de 1990 (marco desta mudança de paradigma no direito pátrio), já em 1988, com a promulgação da Constituição Federal restaram introduzidos no país os princípios básicos de proteção e garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse item, conforme ensina Karyna Batista Sposato ao narrar a articulação social da época, vale citar o movimento de luta pelos direitos da infância que reuniu 250 mil assinaturas a partir de 1985, no bojo da convenção constituinte e cujas reivindicações traduziam em exata medida a necessidade de substituição do paradigma tutelar pelo garantista, com incidência em todas as políticas de atenção à infância e à juventude, inclusive para os infratores.<sup>36</sup>

Tal movimento resultou na introdução dos princípios básicos de proteção e garantia dos direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. E que correspondia justamente ao consenso na comunidade internacional sobre a necessidade de adoção de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.<sup>37</sup>

A Constituição de 1988 trouxe a superação da doutrina da situação irregular e, por consequência, da legislação menorista, representando os artigos 204 e 227 da CF os pilares da constitucionalidade do novo direito que tomava forma.

O art. 204 da CF determina que as políticas públicas voltadas à infância necessariamente devem observar duas diretrizes básicas: a

---

<sup>36</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 55.

<sup>37</sup>A Convenção Internacional da Criança é o tratado de maior aceitação por toda comunidade internacional, tendo sido ratificada por 191 países, exceto Estados Unidos e Somália. Foi ratificada por meio do Decreto 99.710/1990 pelo Estado brasileiro, constituindo-se um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, segundo o art. 5º §2º da CF, citação feita por SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 56.

descentralização político-administrativa e a participação popular por meio de organizações representativas.

O art. 227 da CF, por sua vez, estabelece a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, enquanto o antigo direito não era o direito de todos os menores de idade, mas somente dos menores de 18 anos em situação irregular, o novo direito da criança é o direito de todas as crianças e adolescentes.<sup>38</sup>

O § 3º do art. 227 da CF é significativamente enfático na superação do antigo modelo:

“O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I- idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II- garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III- garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV- garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V- obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; VI- estímulo do Poder, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VIII- programas de prevenção e atendimento especializado à criança ou adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

No que tange ao tratamento repressivo a condutas anti-sociais ou ilícitas de menores de 18 anos de idade, o art. 228 da CF/1988 determina que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

---

<sup>38</sup>Consoante o art. 227 da CF/1988: “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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Com o advento da Constituição democrática de 1988 e os avanços da construção normativa internacional, tornou-se premente a necessidade de reformulação da legislação especial infraconstitucional para crianças e adolescentes.

Assim, dois anos depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13.07.1990) era aprovado, instrumentalizando o mandamento constitucional da prioridade absoluta por meio da doutrina da proteção integral, e sintetizando o pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

No ECA, o mesmo viés revolucionário da Constituição está presente. A redação do art. 3º é bastante exemplificativa nesse sentido:

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

Vê-se assim que o ECA incorporou os princípios fixados pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e pela Constituição Federal, reconhecendo as crianças e adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, representando um marco divisor no tratamento da questão da infância e da juventude no Brasil.

Segundo Karyna Batista Sposato, o conteúdo e abrangência da mudança de paradigma introduzida pela doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro podem ser caracterizados pelos seguintes aspectos: a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à

infância e juventude; c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; d) municipalização da política de atendimento; e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções; f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e do Ministério Público na função de controle e contrapeso.<sup>39</sup>

O ECA promoveu um corte com a criminalização das questões sociais ao impor a observância do devido processo legal na aplicação das medidas socioeducativas. As garantias do devido processo legal nunca antes estabelecidas por outra legislação da infância deram à criança e ao adolescente um conjunto de direitos que já beneficiavam o adulto há bastante tempo, por exemplo, o devido processo legal; o princípio do contraditório; da ampla defesa; da presunção da inocência; da assistência judiciária; da presença dos pais e responsáveis nos procedimentos judiciais; de ser informado das acusações e de não responder, de confrontação de testemunhas; de interposição de recursos; de apelação para autoridades em diferentes instâncias hierárquicas; de *habeas corpus* e outros direitos.

Vê-se assim que o ECA fez um corte com os paradigmas penal indiferenciado e tutelar, introduzindo o modelo garantista.

Nos dizeres de Mendez:

“...o modelo do ECA demonstra que é possível e necessário superar tanto a visão pseu-progressista e falsamente compassiva, de um paternalismo ingênuo de caráter tutelar, quanto uma visão retrógrada de um retribucionismo hipócrita de mero caráter penal repressivo. O modelo de responsabilidade penal dos adolescentes é o modelo da justiça e das garantias.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 61.

<sup>40</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano*, cit.

Karyna Batista Sposato identifica a etapa de caráter penal com o movimento de política criminal denominado *defesa social* cuja primeira formulação se deve à Prinz, consolidando-se com Gramática e Marc Ancel na obra *A defesa social, um movimento de política criminal e humanista*.

Segundo ela, ainda que o direito penal juvenil introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não corresponda exatamente aos objetivos propugnados pela defesa social no sentido de buscar dissolver uma suposta anti-socialidade subjetiva, sua sintonia com essa corrente pode ser demonstrada pela preocupação primordial não com o castigo, mas com a criação de condições eficazes que evitem a reincidência e, conseqüentemente, promovam a proteção do adolescente e de toda a sociedade. A similitude também está na busca por estratégias extrapenais como condição de eficácia da política criminal.<sup>41</sup>

Pois bem, dentre todas as mudanças de paradigma instituídas pelo ECA, a que passa nos interessar em especial neste momento, diante do foco escolhido nesta dissertação, é a que tange a responsabilização penal juvenil, a qual passaremos a dissertar no capítulo seguinte.

Ressalte-se que a discussão sobre a existência de responsabilização penal no Brasil a partir do ECA é mais tardia em relação aos países europeus e EUA<sup>42</sup>. Isto porque no momento da promulgação do Estatuto, que coincidiu com o início da democratização do país, a sociedade estava mobilizada para o aspecto social da nova legislação que abrigava, vale dizer, pela nova sistemática de Direitos que eram conferidos às crianças e adolescentes e pelo projeto político social de transformação da sociedade que adotava a partir da concepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Em tais países, ao contrário, a discussão sobre a responsabilização penal juvenil foi anterior

---

<sup>41</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 50.

<sup>42</sup>Nos EUA e Europa o paradigma da “proteção integral” foi instituído, como dito, num contexto de crise do capitalismo e do *Welfare State*. No Brasil, ele foi instituído ao fim da ditadura militar, logo, não se estranha a diferença de enfoque dado nesses países.

à própria Convenção Internacional da Criança e Adolescente, que, aliás, foi justamente uma das razões da mudança de paradigma.

Tal discussão surgiu no Brasil *a posteriori*, quando passada a euforia do reconhecimento dos novos direitos a crianças e adolescentes, começou-se a analisar com mais precisão a legislação que se recepcionava através da ratificação da Convenção e cuja doutrina estava presente no ECA, o que ajuda justamente a compreender o atual estágio das discussões jurídicas envolvendo a responsabilização penal juvenil em razão da prática de atos infracionais.

## **CAPÍTULO III. SISTEMA PENAL JUVENIL**

### **3.1. Inimputabilidade e Responsabilidade de Adolescentes Infratores**

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da doutrina da proteção integral pelo texto constitucional e estatutário, há uma mudança significativa nos fundamentos e princípios que norteiam, a partir de então, o exercício do poder punitivo do Estado diante da criminalidade de adolescentes.

No cerne do sistema de proteção especial de crianças e adolescentes instituído pela Constituição de 1988 está o tratamento diferenciado a ser dado ao crime por eles praticado, ou seja, a exclusão destes do sistema de sancionamento aplicado aos adultos.

No entanto, tal exclusão não lhes retirou a responsabilidade pela prática de crime, uma vez que o artigo 228 da CF foi enfático em dizer que embora penalmente inimputáveis, os menores de dezoito anos estão sujeitos às normas da legislação especial.

Tanto é assim que o legislador constitucional, através do artigo 227, inciso V do parágrafo 3º da CF, previu até a possibilidade de privação da liberdade a tais sujeitos, a qual, porém, só pode ocorrer pela prática de crime em caráter excepcional e breve, em obediência ao princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Ora, se a Constituição permitiu ao adolescente a privação da liberdade, ainda que em caráter excepcional e breve, e ao mesmo tempo garantiu a este a condição de sujeito de direito em peculiar condição por estar em desenvolvimento, nada mais lógico que concluir sobre a existência de uma responsabilização especial de caráter penal aos adolescentes.

Ressalte-se que a própria Constituição Federal, ao admitir a privação de liberdade (ainda que diversa, excepcional e breve) aos adolescentes pela prática de crime, admite também a idéia de um sistema repressivo juvenil. Ora, crime é sempre crime e encarceramento é sempre encarceramento.

Assim, ainda que admitamos a finalidade diversa de tal sanção aos adolescentes (de fato, os fins não são exclusivamente os mesmos como explicaremos no tópico relativo às medidas socioeducativas), não há como negar o caráter repressivo desta também para os adolescentes.

Conforme ensina Martha de Toledo Machado,

“...inafastável que a segregação do adolescente que praticou fato definido como crime está presa ao valor de *preservação da paz social*, o qual, no entrechoque concreto de valores, é um interesse da sociedade que se contrapõe ao interesse individual do adolescente autor do crime. Se assim não fosse, nada justificaria a *privação da liberdade* do adolescente em decorrência da prática do crime, dado o expressivo efeito danoso que ela tem no desenvolvimento da personalidade dele”.<sup>43</sup>

Seguindo então os paradigmas instituídos pela Constituição de 1988 e pela Convenção Internacional do Direito da Criança e Adolescente de 1989, o Estatuto da Criança e do Adolescente declarou a inimputabilidade dos menores de 18 anos e esclareceu que as condutas tipificadas como ato infracional sofrerão a imposição das medidas socioeducativas previstas em lei (artigo 104).

Vê-se, assim, que a inimputabilidade permanece sendo o instituto jurídico que concede legitimidade à intervenção consubstanciada no Estatuto da Criança e do Adolescente e, portanto, segue sendo a referência para um sistema dualista de sanções. A imputabilidade promove a movimentação do sistema penal e a imposição da pena criminal. A inimputabilidade, quando fundada no critério etário ou

---

<sup>43</sup>MACHADO, Martha de Toledo. op. cit., p. 237.

biológico, como é o caso dos adolescentes menores de 18 anos, promove a movimentação do sistema socioeducativo e a imposição das medidas previstas na lei. Por isso, diz-se que se trata de uma responsabilidade especial dos adolescentes, em que se verifica, a despeito da inimputabilidade, a reprovabilidade e a culpabilidade do adolescente a quem a medida é imposta.

A inimputabilidade dos menores de 18 anos, não significa assim que estes estão excluídos da responsabilidade por ilícitos penais nem que exista uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico.

Nas explicações de Ana Paula Motta Costa citando análise doutrinária realizada por Miguel Cilleno Bruñol em *Nulla Poena Sine Culpa. Um Limite necesario al castigo penal in Justicia y Derechos Del Nino* “existem duas grandes teorias que justificam a diferença de tratamento de crianças e adolescentes, quanto à responsabilidade. As ‘doutrinas de imputabilidade em sentido estrito’, que igualam a condição do menor à do doente mental, fundamentando a exceção no fato de que o menor não teria plenas faculdades para compreender o caráter ilícito de sua conduta, atuando, portanto, segundo sua capacidade de compreensão. E ‘as doutrinas político-criminais’ que entendem a idade penal como uma barreira entre os sistemas de responsabilidade diante do delito, seja do sistema adulto, ou o sistema juvenil.

Esta última concepção doutrinária segundo Miguel Cilleno Bruñol divide-se em outros dois grupos: os chamados ‘modelos de proteção’, que declaram irresponsável o menor e a ele destinam medidas de proteção e de segurança; e os que defendem a aplicação às pessoas menores de idade um ‘modelo penal especial para adolescentes’, que contempla sanções especiais e reconhece em seus destinatários uma capacidade de culpabilidade especial.”<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup>COSTA, Ana Paula Motta. op. cit., p. 76.

E, tomando partido dessa segunda corrente ao analisar o sistema do ECA, continua a autora,

“define-se, portanto, um limite inferior, a partir dos doze anos, e um limite superior, até os dezoito anos, para que os sujeitos, que estão em uma fase de desenvolvimento diferenciada do mundo adulto, respondam por um sistema de responsabilidade também diferenciado dos adultos. São, assim, imputáveis perante seu próprio sistema de responsabilidade. No caso brasileiro, são imputáveis perante o Estatuto da Criança e do Adolescente.”<sup>45</sup>

E corrobora sua tese citando Antonio Fernando Amaral e Silva em “O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente”, *in* Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 5, p. 263, que diz:

“Sendo a imputabilidade (derivado de *imputare*) a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, seja ela penal, civil, comercial, administrativa ou juvenil, não se confunde com a responsabilidade, da qual é pressuposto (...) Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei.”<sup>46</sup>

Por fim, Ana Paula M. Costa conclui:

“O elemento da imputabilidade é de fato o diferencial no que se refere à condição de culpabilidade dos adolescentes em relação aos adultos, e também o conteúdo definitivo que justifica a separação e a existência de um sistema penal diferenciado para adolescentes.

O outro elemento, exigibilidade de conduta diversa, trata-se da verificação se o sujeito tinha o dever e também o poder de comportar-se de acordo com o Direito e, por deliberação pessoal, optou pela conduta transgressora, observando-se, portanto, a liberdade de opção do sujeito.

O último elemento da culpabilidade é a consciência de ilicitude. Nesse caso, a análise realizada é se o agente tem ou não consciência do caráter antijurídico de sua conduta. Como toda a norma penal tutela um bem jurídico, que é um valor social, a consciência de antijuridicidade é a

---

<sup>45</sup>COSTA, Ana Paula Motta. op. cit., p. 77.

<sup>46</sup>Id., loc. cit.

consciência do desvalor da conduta: portanto, se o sujeito tem ou não a percepção de que sua conduta viola o valor tutelado pela lei penal.”<sup>47</sup>

Vê-se, assim, que, uma vez considerada a existência de uma imputabilidade dos adolescentes entre 12 anos completos e 18 anos incompletos frente ao sistema penal do ECA, segundo tal autora, os pressupostos da culpabilidade devem também ser analisados em sede de responsabilização penal juvenil.

Aliás, não foi outra a conclusão de Martha de Toledo Machado, para quem:

“num modelo garantidor da *dignidade humana* de tratamento do crime praticado por criança ou adolescente, devem ter plena validade as grandes linhas dos pressupostos teóricos, filosóficos e normativos da *culpabilidade*, cristalizados naquelas noções ligados à *potencial consciência da ilicitude* e à *exigibilidade de conduta diversa*, que condensam e pormenorizam juridicamente os pressupostos de *reprovabilidade* da conduta, apoiados nas noções de *voluntariedade* e de *livre arbítrio*”.<sup>48</sup>

No entanto, a referida autora destaca que ainda que tais noções sejam imprescindíveis a uma responsabilização criminal democrática do adolescente autor de crime, como forma de impedir a arbitrariedade estatal derivada da concepção objetiva pura do direito penal, essas ferramentas ostentam uma limitação potencial quando se trata de empregá-las em relação ao adolescente, porque elas não foram conceitualmente desenvolvidas considerando as peculiaridades da personalidade infanto-juvenil. Assim, propõe um alargamento dos parâmetros da noção de exigibilidade de conduta diversa e da potencial consciência da ilicitude para os adolescentes.<sup>49</sup>

Explica que o adolescente aprende a obedecer às normas de convívio social transgredindo-as e que por não ter ainda formada sua

---

<sup>47</sup>COSTA, Ana Paula Motta. op. cit., p. 77-78.

<sup>48</sup>MACHADO, Martha de Toledo. op. cit., p. 251-252.

<sup>49</sup>Id. Ibid., p. 255-261.

personalidade, seus mecanismos individuais de autocontrole ainda não estão completamente formados. Para tanto, justifica sua postulação ao analisar a diferença de conotação que o crime de lesões corporais leves teria entre alunos num curso de graduação de uma faculdade de direito e entre adolescentes de doze ou treze anos numa escola secundária. Conclui, assim, pela necessidade de fixação de um parâmetro próprio para a adolescência, mitigado em relação a cada uma das suas fases, às condições das pessoas envolvidas no fato penalmente típico e às características objetivas de cada figura penal no que tange ao aspecto da exigibilidade de conduta diversa.

Com relação à potencial consciência da ilicitude, também preconiza a necessidade de um ajuste “mais fino”, justificando sua postulação com o exemplo do jogo em dinheiro, o qual por ser prática corriqueira em diversos segmentos do tecido social, diminuiria a capacidade do adolescente médio em compreender tal ilicitude. Propõe assim “uma flexibilização nos parâmetros de aferição desse pressuposto da culpabilidade adolescente, quando cotejada à do adulto, no mínimo para não se pressupor sua configuração, como regra em todas as situações típicas, como se tende a fazer em relação ao adulto, mas sim para analisá-lo detalhadamente nessas situações específicas.”<sup>50</sup>

Corroborada assim por tais doutrinadoras, também entendo que a análise dos pressupostos de culpabilidade é essencial à responsabilização penal juvenil.

Com efeito, entender de outra forma seria admitir a responsabilidade objetiva do adolescente pela prática do ato infracional, fundada exclusivamente no resultado danoso da ação (já que independeria da reprovabilidade da conduta), o que não pode ser aceito num modelo garantista de Direito Penal Juvenil (modelo este melhor explicitado no tópico que se segue) e num Estado Democrático de Direito.

---

<sup>50</sup>MACHADO, Martha de Toledo. op. cit., p. 261.

O ajuste mais fino dos parâmetros relativos aos pressupostos de culpabilidade também é primordial.

Com efeito, a adolescência demarca uma etapa da vida de transição entre a infância e o mundo adulto. Nela se operam inúmeras transformações biológicas e psicológicas, as quais, por sua vez, se dão em meio a intensas demandas de ajustamento às expectativas sociais mais diversas, gerando inevitável tensão. A produção hormonal conduz ao crescimento acelerado do corpo e à maturação sexual, com notáveis repercussões psicológicas. A sexualidade, na fase genital, com redefinição de objetos do desejo, é fator de angústia e culpa. E é através desta configuração pessoal e por causa dela que o jovem tem de dar conta de uma série de exigências sociais como a integração grupal, o ajustamento de seu papel sexual e a escolha profissional, imergindo no que se costuma chamar de crise de identidade.

Na adolescência passa-se a questionar a autoridade parental. A identificação com os pais e a dependência deles presente na infância sofre uma ruptura. O jovem passa a focar seus interesses cada vez mais para fora da família, no grupo que ele pretende fazer parte, num fenômeno que os psicanalistas chamam de polarização. Os conflitos com os pais e a atitude generalizada de contestação se instalam.

De outro lado, a atitude generalista de rebeldia, o hábito de questionar a ordem vigente, de sintonizar-se com estilos de vida alternativos, porém, não sugere qualquer “desvio” por parte do jovem. Tanto que os psicanalistas não costumam levar em consideração tal comportamento como indicação de dificuldades psicológicas e sociais persistentes, sendo provavelmente consideradas como dentro de um tipo normal de experiências adolescentes.

Assim, sendo, de fato, algo explicável num contexto de desenvolvimento pessoal, o ato delituoso praticado por adolescente, este deve obrigatoriamente ser visto com outros olhos.

Nas palavras de Flavio Américo Frasseto, “olhar para o adolescente reconhecendo essa diferença implica, portanto, redimensionar o significado de seus atos, entendendo melhor a realidade para nela intervir eficazmente.”<sup>51</sup>

Pois bem. Feita tal análise, conclui-se, assim, que os adolescentes (maiores de 12 anos e menores de 18 anos), embora tidos como inimputáveis em face do Código Penal, são imputáveis em face do sistema penal juvenil, já que responsabilizados penalmente perante o Estatuto.

Com efeito, a ausência do reconhecimento de uma culpabilidade especial dos adolescentes perante o sistema penal juvenil contido na legislação especial decorreria a falta de reconhecimento do próprio sistema penal juvenil.

Diga-se ainda que os sistemas baseados na doutrina que enfatiza o conceito de culpabilidade fundado no discernimento, quanto aqueles que entendem que o diferencial de política criminal remete para um sistema de proteção, e não de responsabilização, não têm se revelado capazes de controlar o poder punitivo do Estado.

A doutrina da imputabilidade em sentido estrito, que iguala a condição do menor à do doente mental, fundamentando a exceção no fato de que o menor não teria plenas faculdades para compreender o caráter ilícito de sua conduta, tem o condão de atribuir uma desqualificação existencial do sujeito, uma situação de inferioridade.

Ressalte-se, porém, que não é o conceito em si mesmo que promove tal desqualificação, mas a interpretação que se faz dele. Isto porque ao mesmo tempo em que a inimputabilidade para os menores de 18 anos evita a vulnerabilidade ao sistema penal, justamente pela não-aplicação da pena criminal, funciona como um instrumento de etiquetamento da idéia de “delinqüente” e “infrator”, que acaba por

---

<sup>51</sup>FRASSETO, Flavio Américo. Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 163, abr./jun. 1999

realizar-se quase como uma predestinação, uma carreira delitiva que tem seu ponto inicial na imposição da medida socioeducativa.

### Segundo Karyna Batista Sposato

“A compreensão distorcida sobre a inimputabilidade fere o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual toda pessoa tem direitos e obrigações. O conceito de inimputabilidade como traço de inferioridade e falta de consciência da ilicitude coloca os adolescentes num registro de anormalidade e anomalia. A delinqüência juvenil, que deveria ser tratada como conceito jurídico, é grande parte das vezes concebida como conceito psicopatológico, o que permite que a resposta estatal oscile entre os caminhos da indulgência e da severidade.

Outra conseqüência decorrente do não-reconhecimento do adolescente como um ser autônomo, titular de direitos e obrigações, é uma bifurcação necessária no sistema penal: de um lado estaria o direito penal clássico de culpabilidade, e de outro o positivismo criminológico, o direito de periculosidade para os inimputáveis, entre eles os adolescentes.

Essa bifurcação dá margem à aplicação de um regime distinto do ordinário, calcado na periculosidade do sujeito, por meio da imposição da privação de liberdade ou da restrição de direitos da pessoa.

Ainda que preliminarmente, é possível concluir que é a inimputabilidade o instituto jurídico que fundamenta a existência de um sistema dualista de sanções. Enquanto a pena criminal se fundamenta na culpabilidade do fato atribuído a um autor, as medidas destinadas a adolescentes, fundam-se lamentavelmente ainda hoje, em muitos casos, na periculosidade.”<sup>52</sup>

Tal concepção é um legado da etapa tutelar do direito penal juvenil brasileiro, ou seja, do direito do menor, quando a pretexto da proteção de um suposto “menor-delinqüente-abandonado”, formas irrestritas de intervenção foram legitimadas.

Ocorre, porém, que mesmo superada a etapa tutelar, a concepção de inexistência de uma responsabilização penal dos adolescentes ainda hoje legitima inúmeras decisões de internações a fim de salvar os adolescentes do perigo que os cerca e que neles se

---

<sup>52</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 73-74.

personifica.<sup>53</sup> Ainda hoje a vulnerabilidade social do adolescente, que se converteu em periculosidade e depois em menoridade, mesmo com a mudança de paradigma do ECA, é alvo de medidas coercitivas arbitrárias.

Há recusa de parte da doutrina e de aplicadores do direito em aceitar a idéia da existência de uma responsabilidade de índole penal a adolescentes infratores. Ainda se acredita que, embora diferenciada a tutela dirigida a tais sujeitos, ela não tem índole penal.

Nesse sentido, Mauricio Neves de Jesus, para quem: “A doutrina da proteção integral não pode, por respeito aos seus fundamentos, abarcar a penalização instrumental e terminológica do Direito Penal Juvenil, sob pena de receber junto às garantias que já contempla uma ideologia frontalmente contrária à sua.” Para tal autor, “..... o Direito Penal Juvenil não pode ser considerado um aperfeiçoamento ou como complemento do Estatuto, porque este e aquele cuidam de ideologias tão diferentes quanto diferem entre si, não por acaso, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente”.<sup>54</sup>

Paulo Afonso Garrido de Paula também entende que ainda que o Direito da Criança e do Adolescente tenha se apropriado das conquistas do Direito Penal, aquele não se transforma neste. O autor argumenta também que não se pode afirmar a existência de um Direito Penal Juvenil baseado exclusivamente na existência de sanções aplicáveis ao autor de ato infracional. Para ele,

“... as sanções, ou penas, constituem-se em medidas jurídicas através dos quais o Direito garante subordinação aos comandos ínsitos às suas normas, sendo comuns a todos os ramos do Direito.” E, “ainda que algumas das sanções inseridas no Direito da Criança e do Adolescente

---

<sup>53</sup>A ilustrar: “HABEAS CORPUS – Menor – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Internação decretada por sentença em procedimento destinado à apuração da prática de ato infracional – Impetração que questiona a conveniência e a legalidade da medida imposta – Hipótese dos autos que justifica a imposição da medida extrema – Gravidade da infração, que violenta a sociedade, justifica a segregação inicial do adolescente infrator – **Internação que também proporciona proteção à integridade física do menor e, portanto, constitui a medida que mais atende aos seus superiores interesses** (negritos nossos) – Ordem denegada. (TJ-SP Habeas Corpus n. 040.493-0 – Guarulhos – Câmara Especial – Relator: Carlos Ortiz – 21.08.97 – v.u.)

<sup>54</sup>JESUS, Mauricio Neves. op. cit., p. 99.

importem privação ou restrição à liberdade, medidas pertinentes ao Direito Penal, isto não transmuda o primeiro no segundo, mormente quando informadas por princípios distintos – excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento”<sup>55</sup>

Tais autores acreditam que estabelecer uma relação teórica entre o Direito Penal e o ECA teria como principal efeito a penalização dos adolescentes, trazendo um retrocesso, na medida em que as leis penais da atualidade ainda estão baseadas em uma concepção retributiva e aflagante. Negam assim a natureza punitiva das medidas socioeducativas, entendendo-as como de índole meramente pedagógica.

Tal entendimento que respeito, mas, a meu ver, equivocado, só faz perpetuar indevidamente um controle sócio-penal informal que sempre existiu, mas que não foi “enquadrado” nos mecanismos formais de controle penal e se viu escamoteado pela abordagem apenas social da questão por um discurso de piedade assistencial e proteção/tutela, legitimando punições e arbitrariedades. O que se viu e infelizmente ainda se vê é o exercício da punição encoberto pelo discurso da assistência social.

Com efeito, o caráter penal do sistema de responsabilização juvenil, acarreta, ao jovem infrator, medidas carregadas de unilateralidade e obrigatoriedade, medidas impositivas de aflição perfeitamente perceptíveis, mesmo sendo o destinatário uma pessoa ainda em desenvolvimento. Negar tal fenômeno é negar a realidade. E conforme explica Afonso Armando Konzen, deixar de entender-se com o que é real abre a porta larga para a instalação de um ideal inverídico. A consequência é a instalação de um regime de injustiças.<sup>56</sup>

Aliás, para aferir tal realidade, basta questionar qualquer adolescente que se encontra na efetiva condição de responder pelas

---

<sup>55</sup>PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2002. p. 40.

<sup>56</sup>KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. 1. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2005. p. 59.

conseqüências de uma infração, sobre o porquê de sua condição. Este responderá sem titubear que está respondendo pela infração praticada. Sentem-se, portanto, subjetivamente comprometidos e vinculados em responder em face de um comportamento infracional. Somente aceitam a resposta e submetem-se às suas conseqüências porque sabem que a resposta deriva da prática de um ato ilegal e eticamente insustentável.

Com efeito, conforme ensina Karyna Sposato citando o entendimento de Zaffaroni a respeito, o sistema penal se caracteriza pela existência de um controle social punitivo institucionalizado<sup>57</sup>, assim, levando-se em conta que tal controle sempre foi praticado no Brasil, não há como negar sua existência ao longo da história da infância e juventude no Brasil.

Nesse sentido, a conclusão de Maria Liduina de Oliveira e Silva quando diz que:

“as instituições como o SAM, a FUNABEM e as FEBEN’S do Brasil inteiro sempre exerceram “informalmente” o controle sócio-penal, já que do ponto de vista normativo legal inexistia o direito penal juvenil. Não diferentemente, o mundo jurídico, apesar de regulamentar os mecanismos formais de controle social e não sócio-penal, exercia práticas que eram arbitrárias e penalizadoras, responsabilizando “informalmente” crianças e adolescentes. Em outras palavras, as práticas sócio-jurídicas já materializavam bases sócio-jurídicas informais de controle sócio-penal de crianças e adolescentes. **Por outro lado, a não formalização da responsabilidade penal juvenil estabeleceu um misto de confusão entre a “inimputabilidade” e a “impunidade”** (grifos nossos).”<sup>58</sup>

E tal confusão incutiu-se de tal forma na cultura da sociedade, que mesmo com a mudança de paradigma pela adoção da doutrina da proteção integral, reputa-se inexistente a responsabilização penal dos adolescentes.

---

<sup>57</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 75.

<sup>58</sup>SILVA, Maria Liduina de Oliveira. op. cit., p. 66.

E reputando-se inexistente a responsabilização penal juvenil, estabelece-se a falsa idéia de que a aquisição de direitos por parte de crianças e adolescentes veio desprovida de deveres correspondentes.

Os direitos foram extremamente difundidos na mídia, em detrimento dos deveres, chegando a ponto de não se identificar o sistema de direitos/garantias na equivalência de direitos e de deveres, mas, sim, como privilégios.

Tal visão contribuiu para a construção de uma mentalidade social que vê o sistema atual de garantias processuais como “privilégio” dos adolescentes, no sentido de não serem responsabilizados criminalmente, ou seja, punidos.

E o sentimento social de impunidade só traz prejuízos aos adolescentes, primeiro porque a sociedade passa a clamar pelo rebaixamento da menoridade penal, como se não houvesse a responsabilização penal, e segundo, porque disfarça o caráter penal das medidas socioeducativas.

Tem-se assim como primordial o reconhecimento da existência de uma responsabilidade penal juvenil.

E ao afirmar o caráter sancionatório do sistema não se pretende contribuir para o encrudecimento deste, pelo contrário, busca-se trazer ao Sistema Penal Juvenil os critérios penais garantistas para aplicação das medidas socioeducativas, sempre se levando em conta as peculiaridades da especificidade da personalidade infanto-juvenil, jungindo o Judiciário a estes.

Como diz Antonio Fernando do Amaral e Silva:

“Não defendo a carcerização do sistema socioeducativo. Muito menos medidas meramente retributivas. Ao contrário, ao invocar o Direito Penal, preconizo a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a despenalização; o Direito Penal Mínimo..... O que procuro desmascarar são as posições ‘paternalistas’ do sistema de penas disfarçadas, impostas com severidade e sem os limites do Direito Penal, em muitos

casos mais rigorosas do que, em iguais circunstâncias, seriam fixadas pela Justiça Criminal”<sup>59</sup>

O que se busca, ao nominar o sistema socioeducativo de modelo de responsabilização juvenil, invocando seu caráter penal, é dotar tal sistema de todas as garantias inerentes ao Direito Penal, evitando o equívoco de perpetuação de um sistema que sob o mito da “proteção do menor”, restringiu direitos e liberdades sem observância dos mais elementares direitos da pessoa humana.

### **3.2. O Direito Penal Juvenil**

Vê-se, assim, que uma vez reconhecida a existência de uma responsabilidade penal juvenil, nada mais lógico que concluir que as disposições contidas no ECA traduzem a existência de um direito penal juvenil.

Mas de que direito penal é este que estamos falando?

Com efeito, a imposição de medida socioeducativa ao adolescente e a introdução de regras e garantias processuais concretas para apuração da autoria do ato infracional nada mais significam que a correlação de um direito penal juvenil com o direito penal democrático e garantista, ou seja, demonstram a existência de um direito penal juvenil em consonância com o Estado democrático e social de direito nos contornos básicos garantistas em que vêm delimitados na Constituição de 1988.

Conforme Martha de Toledo Machado,

“necessário se faz a apropriação das grandes linhas do Direito Penal aplicável para o adulto, porque, no âmago, no

---

<sup>59</sup>SILVA, Antonio Fernando do Amaral. O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 175.

mundo real contemporâneo ele é, em maior ou menor grau, um sistema de garantias; e juridicamente, o Direito Penal pretende ser esse sistema de garantias, ligado umbilicalmente à própria concepção do Estado Democrático de Direito: um sistema que limita o poder do Estado de dar resposta ao evento 'crime' mediante o uso da força e limita os contornos da força a ser empregada (no nosso ordenamento, veda a pena de morte, as penas cruéis, a prisão de caráter perpétuo, etc., limita as hipóteses de prisão a situações precisas e específicas, do tipo 'flagrante de crime' ou 'ordem judicial' etc)".<sup>60</sup>

Consigne-se que se subtrairmos dos adolescentes as garantias constitucionais penais e processuais penais estaremos invertendo completamente as razões que levaram à própria existência da noção da inimputabilidade penal em razão da idade pela Constituição de 1988, ou seja, ao invés de protegermos tais pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, estaríamos prejudicando-as, retirando delas as conquistas asseguradas a todos os cidadãos em caso de restrição de direitos ao longo da construção histórica das garantias na área penal.

É a noção da condição de pessoa humana de crianças e adolescentes que determina que estas gozam de direitos consagrados para todos os seres humanos, cujo dever de promoção e garantia é do Estado. Aliás, pelo princípio da igualdade, reconhece-se ainda a existência de proteções jurídicas e direitos específicos a certos grupos de pessoas, entre os quais estão a infância e a adolescência.

Assim, situa-se o direito da criança e do adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, ou seja, a concepção de direitos da criança e do adolescente emana da doutrina universal de direitos humanos. Do ponto de vista normativo, é interessante observar que os mecanismos de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente são complementares, nunca substitutivos dos mecanismos gerais de proteção de direitos reconhecidos a todas as pessoas, como estabelece o próprio art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas.

---

<sup>60</sup>MACHADO, Martha de Toledo. op. cit., p. 236.

Conforme Karyna Batista Sposato:

“desde 1979, a interpretação do Pacto de Direitos Civis e Políticos pelo Comitê de Direitos Humanos levou ao reconhecimento de garantias penais substantivas e processuais no âmbito das legislações de menores, como decorrência da doutrina que determina que a aplicabilidade dos direitos e garantias reconhecidas a todas as pessoas diante do sistema penal não está no reconhecimento pelo direito interno de sua natureza penal e tampouco na tipificação das condutas, mas sim nas conseqüências que sua aplicação pode implicar para o interessado. A aplicabilidade das garantias penais, portanto, terá sempre lugar diante da afetação da liberdade individual ou da imposição de qualquer conseqüência de tipo punitivo.”<sup>61</sup>

Para fundamentar ainda sua tese da existência de um direito penal garantista no ordenamento jurídico brasileiro, Karyna B.Sposato cita ainda Claus Roxin, para quem,

“não pelo âmbito da incidência de normas tratadas, senão que pela especial classe do autor, o direito penal juvenil converte-se num campo autônomo de direito. Trata dos delitos dos jovens (....) e suas conseqüências (só parcialmente penais) (....) contém preceitos especiais de direito material, processual, de dosimetria da pena e de execução penitenciária para menores (...) ,e, portanto, aos efeitos de sistemática jurídica, deve enquadrar-se parcialmente em todas as disciplinas antes indicadas (...). O direito penal moderno não é imaginável sem uma constante e estreita colaboração de todas as disciplinas parciais da “ciência do direito penal”<sup>62</sup>.

O Direito Penal Juvenil se vê vinculado assim aos mesmos objetivos e à mesma missão do direito penal moderno, como proteção do cidadão diante do arbítrio público. Por isso vincula-se à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e à lei e assume os postulados de Ferrajoli no que tange à minimização da brutalidade, seja de intervenções sociais, seja das intervenções jurídico-penais.

---

<sup>61</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 66-67.

<sup>62</sup>Id. Ibid., p. 64 citando Claus Roxin, *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 46-47.

Ferrajoli diz em *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal* sobre o garantismo por ele proposto:

“o esquema justificativo aqui elaborado serve para embasar somente modelos de direito penal mínimo, no triplice sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, a começar pelo inteiro sistema das medidas *extra delictum* e/ou *extra iudicium*. Tal se deve à sua atenção a um lado do problema penal normalmente negligenciado, qual seja o custo social das penas, e, de um modo geral, dos meios de prevenção dos delitos, que pode ser superior ao próprio custo das violências que estas têm como finalidade prevenir. A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e freqüentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina ‘justiça penal’, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos.”<sup>63</sup>

O direito penal juvenil, desse modo, possui um variado número de princípios e regras que funcionam como limite ou garantia em face do poder punitivo. Para sua caracterização inicial, deve-se necessariamente partir de dois de seus fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso o início da adolescência está fixado aos 12 anos – e a incorporação de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

Sobre o fundamento da responsabilidade, é importante mencionar que nesse aspecto reside um dos principais diferenciais, se não o principal, do direito penal juvenil em relação ao direito do menor. Isto porque, ainda que o novo sistema faça uso da idéia de reprovação jurídica a atos constitutivos de infração à norma penal, como vimos no tópico

---

<sup>63</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2002. p. 319.

inimputabilidade e responsabilidade penal, simultaneamente, rejeita os mecanismos tradicionais de exigibilidade para efeitos penais utilizados para os adultos, o que melhor explicaremos no próximo Capítulo desta dissertação.

Outra premissa importante na análise do Direito Penal Juvenil é o estabelecimento de uma subdivisão na normativa atinente à Infância. Enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina dos direitos humanos, o direito penal juvenil é subsistema de garantias e direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico quando as políticas sociais básicas foram insuficientes. Trata-se, aqui, da subsidiariedade do direito penal juvenil em relação ao direito da criança e do adolescente.

O direito penal juvenil corresponde assim a apenas uma parcela dos dispositivos e regras elencados no ECA. Essa premissa, segundo Karyna Batista Sposato, reforça o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal juvenil em face da nova normativa da criança e do adolescente. E justamente por ser subsidiário e fragmentário, o direito penal juvenil, também como ocorre com o Direito Penal, somente deve ser acionado quando os demais mecanismos de controle social falham.<sup>64</sup>

Reforçando sua tese, tal autora cita a construção didática do sistema de garantias da infância e adolescência elaborada pelo juiz Leoberto Narciso Brancher, e para quem as políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: as políticas básicas que correspondem às políticas de prevenção primária previstas no artigo 4º do ECA; as de proteção especial que são políticas relacionadas à orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sócio-familiar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento à vítima de maus-tratos, tratamento de

---

<sup>64</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 52.

drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo, previstas nos artigos 101, 129 e 23 parágrafo único e 34 do ECA, e que correspondem às políticas de prevenção secundária; e as socioeducativas que consistem nas medidas socioeducativas previstas nos artigos 112 e 129 do ECA, e que correspondem às de prevenção terciária, portanto última categoria a ser acionada, quando todas as demais falharam em certa medida.

Essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes. Pelo contrário, sua implementação implica a articulação de serviços e programas, e o exemplo da cumulação de medidas protetivas associadas à imposição de uma medida socioeducativa é emblemático.<sup>65</sup>

Segundo Karyna B. Sposato, a polêmica sobre o reconhecimento ou não de um direito penal juvenil no texto estatutário repousa justamente nesta questão. Isto porque:

“os opositores da existência de um direito penal juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente argumentam que a lógica e o espírito da Lei 8.069/90 não têm caráter punitivo nem retributivo; ao contrário, a lei constitui-se como um extenso catálogo de direitos e garantias às crianças e adolescentes. A missão de tutela, vigilância e controle do Código de Menores foi substituída pela proteção integral como princípio norteador de todas as políticas para a infância e juventude.

Frise-se bem: de todas as políticas, inclusive as socioeducativas. Assim, os que negam o direito penal juvenil indicam que as medidas socioeducativas têm caráter pedagógico e não punitivo e não se aplicam sob os fundamentos do direito penal, mas sim sob o manto da nova normativa da criança e do adolescente.

Ora é inquestionável que a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, conjugado à Constituição Federal de 1988 e outros documentos de proteção dos direitos da criança e do adolescente, promoveu a revogação da doutrina da situação irregular, que se traduzia no exercício de vigilância, tutela, controle e repressão, bem como a correspondente introdução da doutrina da proteção integral como fio condutor de todo o sistema.

---

<sup>65</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 52-54.

O equívoco está em confundir todo o sistema de garantias e direitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz com a matéria pertinente à atribuição de ato infracional e a imposição de medidas socioeducativas. Melhor dizendo, o direito da criança e do adolescente não pode ser reduzido à disciplina da prática de atos infracionais. Esta, como já afirmado, é subsidiária à normativa da Criança e do Adolescente”.<sup>66</sup>

Assim, tenho que o Título III da Lei 8.069/90 pode ser considerado como um subsistema integrante do sistema de garantias da Lei 8.069/90, que, no dizer de alguns operadores, é denominado subsistema infracional.

### **3.3. Princípios atinentes ao Direito Penal Juvenil**

Uma vez que a intervenção estatal autorizada pelo Estatuto tem efeito nitidamente punitivo, pela imposição de uma consequência aflictiva para o destinatário, impõe-se assegurar ao sujeito-adolescente as possibilidades da defesa na condição de pessoa humana, condição que impõe ao Estado, inclusive ao Estado-juiz, a função de se relacionar com ele com respeito e dignidade. Aliás, se essa principiologia fundamenta as relações do Estado-Juiz, titular do exercício do poder punitivo, com o indivíduo-adulto, não haveria razão para que não fundamentasse as relações desse mesmo Estado-Juiz com o indivíduo-adolescente, pessoa reconhecida como ainda em desenvolvimento.

Nessa linha de raciocínio, necessário identificar então os princípios atinentes ao Direito Penal Juvenil. E, para tanto, socorremo-nos da lição de Nilo Batista, para quem são cinco os princípios básicos do Direito Penal, quais sejam, os princípios da legalidade (ou da reserva legal), da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da

---

<sup>66</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 90.

culpabilidade, os quais passo a analisar sob a ótica do Direito Penal Juvenil.

### **3.3.1. Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal**

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, é a base estrutural do próprio Estado de Direito e a viga mestra de todo o sistema penal. De acordo com seu enunciado, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O que significa dizer que crime e pena só podem existir onde há lei que obedeça em sua formulação aos trâmites exigidos pela Constituição e que somente a lei é fonte para definir o que é crime e estabelecer sua pena. Além disso, não basta ser lei, há que ser anterior ao crime e prévia no que diz respeito à pena. Trata-se do princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, o que não impede o reverso, ou seja, a retroatividade da lei penal que favoreça o acusado ou o condenado (art. 5º, XL, da Constituição Federal).

No campo do direito penal juvenil, não se fala de crime e sim de ato infracional, e também não se impõe pena e sim medida socioeducativa. Portanto, o princípio da legalidade se revela na definição de ato infracional e na prévia determinação das medidas aplicáveis ao adolescente a quem se atribua sua autoria.

A definição de ato infracional corresponde ao disposto no artigo 103 do ECA: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Na definição de Karyna Batista Sposato, “o conceito de ato infracional parte, portanto, da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, na medida em que contrariam a

ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito.”<sup>67</sup>

De tal definição extrai-se que somente haverá ato infracional se houver figura típica que o preveja e, conseqüentemente, só haverá imposição de medida socioeducativa se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento jurídico penal positivo.

Assim, o chamado “desvio de conduta” previsto na legislação menorista deixa de ter qualquer significado na visão garantista do ECA. Aliás, o grande diferencial entre o novo direito penal juvenil e o antigo direito do menor está justamente na recuperação de garantias que haviam sido deixadas de lado pela localização do direito do menor fora do âmbito do direito penal.

Além disso, só se admite a imposição de medidas previstas em lei, no caso, no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo aplicáveis quaisquer medidas excepcionais que não integrem o ordenamento.

A legalidade como limite ao direito penal juvenil também está presente em documentos e tratados internacionais. Para tanto, cito o artigo 37, b e 40.2, a, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, respectivamente:

“Nenhuma criança será privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança serão efetuadas *em conformidade com a lei e* apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.”

“Que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido estas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos”.

---

<sup>67</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 86.

### 3.3.2. Princípio da Intervenção Mínima

Tal princípio preconiza que o direito penal só deve intervir quando absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica.

No Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal só deve ser utilizado para tutelar os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade e que não possam ser resguardados pelos demais ramos do Direito.

As sanções penais constituem um elevado gravame ao sentenciado, afetando sua própria existência e, assim, devem ser evitadas ao máximo.

Este princípio confere, ao Direito Penal, duas características: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A fragmentariedade significa, em direito penal, a seleção de determinados bens jurídicos ofendidos, pela sua importância, como objeto de proteção. Ou seja, não se deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas tão-somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

Já a subsidiariedade, enquanto segunda faceta do princípio da intervenção mínima, pode ser compreendida como a utilização do direito penal de forma supletiva ou subsidiária quando todos os demais meios extrapenais de controle social já foram esgotados.

O direito penal juvenil também se revela como *ultima ratio* no sistema de garantias introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como já vimos no Capítulo anterior ao mencionar o caráter fragmentário deste, cuja incidência fica restrita à verificação da autoria e materialidade de atos infracionais, que, por sua vez, assim como os crimes, objetivam proteger bens jurídicos determinados.

Sua feição subsidiária, por sua vez, como também já dito no Capítulo anterior, é reforçada pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas, tendo estas últimas lugar apenas quando as demais falharem em seus objetivos.

Ressalte-se que é justamente através do reconhecimento do princípio da intervenção mínima na matéria pertinente à prática de infrações penais por adolescentes que se reafirma a existência de um direito penal juvenil brasileiro no Estatuto da Criança e do Adolescente. O que não significa, porém, reduzir a normativa da criança e do adolescente à sua existência.

O princípio encontra-se expresso em disposições do Estatuto e também dos documentos internacionais.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude contêm a intervenção mínima como princípio norteador consubstanciado no item 17.1, b: “As restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível.”

O artigo 122, parágrafo 2º do ECA, por sua vez, diz: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Tais dispositivos permitem concluir que o princípio da intervenção mínima gera efeitos sobre o grau de restrições de direitos que se impõe a um adolescente autor de ato infracional, tanto do ponto de vista da natureza e do tipo de medida a ser adotada em cada caso, como também de sua intensidade e duração desta.

Conclui-se, ainda, que toda medida socioeducativa, ao restringir direitos individuais dos adolescentes autores de ato infracional, somente poderá ser aplicada ao adolescente se comprovada a sua necessidade, devendo-se ainda levar em conta as circunstâncias e a

gravidade da infração praticada como elementos determinantes da escolha da medida adequada.

Outro corolário de tal princípio é a utilização prioritária de meios extrapenais, mesmo em face da prática de atos típicos. Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre os direitos da criança, que, em seu art. 40, § 3º, b, preceitua:

“Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: (...)

b) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.”

A adoção, assim, do instituto da remissão pelo ECA vem justamente de encontro a tal preceito, já que limita a intervenção formal aos casos de inequívoca necessidade, na medida em que funciona como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo socioeducativo, sem prejuízo da adoção de uma medida socioeducativa, desde que não privativa de liberdade, e de outras medidas de proteção conforme as condições pessoais do adolescente (artigos 126 a 128 do ECA).

### **3.3.3. O Princípio da Lesividade**

O princípio da lesividade preconiza que somente interessam ao Direito Penal as condutas exteriorizadas pelo Homem, que redundem em lesão, efetiva ou potencial, aos bens jurídicos. Isto significa dizer que o direito penal só pode ser um direito penal da ação e, portanto, estará restrito a responder tão-somente a comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas. Tal premissa retira então do campo do Direito Penal a

punição de atividades internas, puramente mentais não-externalizadas, ou seja, idéias, convicções, desejos e sentimentos.

Por isso, dentro do *iter criminis*, a cogitação (atividade puramente mental) e os atos preparatórios (que antecedem a tentativa) são impuníveis diante do crime que se pretende cometer.

Da mesma forma, não se pune o crime impossível (por absoluta ineficácia do meio ou impropriedade absoluta do objeto), pois tais condutas não colocam em risco o bem tutelado.

Nessa esteira dispõe o art. 189 do ECA:

“A autoridade judiciária não implicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

I- estar provada a inexistência do fato;

II- não haver prova da existência do fato;

III- não constituir o fato ato infracional;

IV- não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.”

Tal artigo mostra a visão garantista do legislador, que condiciona à atuação do Estado-juiz apenas quando apurada, dentro do devido processo legal, que o agir do adolescente foi típico, antijurídico e reprovável.

E representa ainda a ruptura com o direito do menor, em que as crianças e adolescentes podiam ser submetidos à intervenção estatal apenas em razão de seu estado de abandono moral ou material.

Nesse sentido, o direito penal juvenil não existe para punir o menor, porque sua condição de menoridade assim o legitime, mas para, por meio das garantias jurídico-processuais, sancionar as condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento jurídico.

### **3.3.4. Princípio da Humanidade**

O princípio da humanidade é um reflexo da evolução histórica, não só do saber penal, mas também de toda a sociedade, que evoluiu em seu sistema de repressão, atribuindo a pena à necessidade de um critério racional e proporcional à sua aplicação, sempre respeitando a dignidade humana.

Apesar de entendermos o caráter intrinsecamente vingativo da pena, não podemos deixar a vingança se tornar sequer um paradigma em suas cominações, no risco de sermos guiados por uma irracionalidade emotiva provocada em qualquer ser humano frente à barbaridade natural dos crimes. Devemos observar as diversas facetas da pena, sob uma perspectiva humanista, racional e proporcional.

O princípio da humanidade está consagrado em várias normas em nossa Constituição. A primeira a ser destacada é o próprio art. 1º, que dá início ao texto constitucional, e segundo o qual a dignidade da pessoa humana corresponde a um dos fundamentos do Estado brasileiro. Também se vê o princípio em dispositivos do art. 5º, tais como os incisos III, XLVII, XLIX, que respectivamente asseguram a proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes; a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou as cruéis; e a garantia ao respeito à integridade física e moral dos presos.

Tal princípio implica que as sanções penais, quaisquer que sejam, devem possuir racionalidade e proporcionalidade. A racionalidade conduz a uma superação da mera retribuição, de modo que as penas e as sanções distingam-se da vingança, introduzindo atributos positivos. A proporcionalidade, por sua vez, repercute na busca de uma medida de justo equilíbrio entre a gravidade do fato e a sanção imposta.

No direito penal juvenil, a racionalidade e proporcionalidade encontram-se traduzidas no artigo 112, § 1º do ECA, que diz que “A

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

E ainda: § 2º: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Aliás, no art. 5.1. das Regras de Beijing, explicita-se que “O segundo objetivo da Justiça de Menores é o princípio da proporcionalidade”.

Vê-se, assim, que o grande desafio está em ponderar as condições objetivas do fato delituoso e as condições subjetivas do autor (como a personalidade), e ainda a ineficácia do sistema de justiça. Isso porque a reação legal não poderá ser desproporcionada nem mais violenta que as condutas que quer reprimir. O princípio, desse modo, interfere diretamente na imposição da medida adequada, mas também produz efeitos quanto à duração e à forma de cumprimento.

Diga-se, também, que o princípio da humanidade está previsto em toda a normativa da criança e do adolescente. No Estatuto, várias normas dispersas objetivam proteger os direitos humanos de crianças e adolescentes, assim ilustrativamente os arts. 5º, 15 e 18.

“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

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

“É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante ou constrangedor.”

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente também prevê garantias assecuratórias da integridade física e

moral dos adolescentes, especialmente quando submetidos à intervenção dos Estados.

Nesse sentido, o art. 37, *a e c*:

“Nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade”.

“Toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais”.

Assim, concluiu-se que o princípio da humanidade no âmbito do direito penal juvenil incorpora todas as garantias de proteção da dignidade humana válidas para os adultos, e acresce-se a elas o princípio de respeito à condição peculiar de desenvolvimento.

### **3.3.5. Princípio da Culpabilidade**

O princípio da culpabilidade equivale à máxima *nullum crime sine culpa*, ou seja, não há crime sem culpabilidade e, por conseqüência, não há pena sem culpabilidade: *nulla poena sine culpa*.

Como já vimos no tópico inimputabilidade e responsabilidade, parte da doutrina nega a culpabilidade ao menor por entender que ele não possui discernimento suficiente para entender o caráter reprovável de seu ato. Ocorre que, como também já dito, acreditamos que a inimputabilidade dos menores de 18 anos é fundada única e exclusivamente no critério etário ou biológico, não excluindo a capacidade

de compreensão da ilicitude, mas tão-somente significando o fundamento legal para uma opção diferenciada de resposta penal.

Nesse sentido, temos que para o direito penal juvenil, a culpabilidade e a responsabilidade implicam na afirmação de que as medidas socioeducativas têm como pressuposto o agir infracional do adolescente, que deve ser um agir típico, antijurídico e culpável. Em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa.

Portanto, como ensina Karyna Batista Sposato,

“como é no direito penal, no direito penal juvenil não pode haver sanção alguma sem prévia demonstração de culpabilidade. Evidente que os elementos integradores da culpabilidade não podem passar à margem da demonstração de existência de ato infracional. Reprovabilidade da conduta e consciência da ilicitude devem ser demonstradas sob pena de inexistir o ato infracional.”<sup>68</sup>

É somente através da ótica da culpabilidade que se possibilita a imputação subjetiva, ou seja, a vinculação de um agir injusto a uma pessoa atuante, mecanismo que é fundamental para nossa cultura jurídico-penal.

Outra faceta trazida pelo princípio é a observação necessária sobre a diferenciação entre os graus de participação do adolescente, ou seja, se houve menor ou maior participação deste na consecução do ato infracional quando da aplicação da medida socioeducativa, critério essencial para compreensão da justiça da medida e que veremos no Capítulo relativo aos critérios de aplicação das medidas socioeducativas.

Logo, temos que o modelo de responsabilização do ECA exige a inequívoca demonstração de reprovabilidade e de culpabilidade do

---

<sup>68</sup>SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, cit., p. 102

adolescente a quem a medida é imposta, em estreita semelhança com as exigências para a aplicação da pena criminal.

### **3.4. Outros princípios fundamentais do direito penal juvenil**

Karyna B. Sposato elenca ainda outros dois princípios, como fundamentais do direito penal juvenil, e que pela pertinência do entendimento que abaixo explico, merecem ser citados nessa dissertação. Tratam-se dos princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (interface com a inimputabilidade) e do melhor interesse do adolescente.

Incluo ainda neste tópico, como princípios fundamentais do Direito Penal Juvenil, os princípios da excepcionalidade e brevidade da medida de privação da liberdade.

#### **3.4.1 O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**

Tal princípio implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, peculiaridade esta que deve ser observada em todas as ações estatais dirigidas a elas, sejam protetivas, sejam socioeducativas.

Ele vem descrito no artigo 6º do ECA que diz:

“Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Seu significado é de suma importância já que foi justamente através do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de

direito em peculiar condição de desenvolvimento que se retirou destes a condição de seres inferiores, de “menores” e de meros objetos de intervenção do Estado.

Somente com o reconhecimento de que a estes também se dirigiam toda a gama de garantias e direitos decorrentes da pessoa humana é que se propiciou a passagem da marginalidade à cidadania plena.

É com a adoção, pela Constituição de 1988, da política da isonomia material e da percepção da criança e adolescente como pessoa ainda em desenvolvimento, que se atribuiu à criança e adolescente um tratamento desigual, necessariamente privilegiado, inaugurando-se a doutrina da proteção integral.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento também se desdobra na percepção de diferentes níveis de desenvolvimento desta pessoa, e assim, de diferentes níveis de responsabilidade.

O item 4.1. das Regras de Beijing estabelece:

*“Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.*

Seguindo tal recomendação, o Estatuto, em seu artigo 101, permitiu a responsabilização pela prática de atos infracionais apenas aos adolescentes (pessoas com 12 anos completos até 18 anos incompletos), reservando às crianças (pessoas com 12 anos incompletos) em tal caso apenas a possibilidade de aplicação de medida protetiva.

E para o adolescente, justamente pela condição de pessoa em desenvolvimento, a verificação da prática de ato infracional implica numa responsabilização diferente dos adultos e cujas peculiaridades serão explicadas no próximo Capítulo.

Diga-se que a percepção de diferentes níveis de responsabilidade é decorrente de uma opção política criminal, afastando qualquer idéia de imperfeição ou inferioridade.

Tanto que o artigo 37 da Convenção Internacional sobre os direitos da criança e do adolescente recomenda que: *“Toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade”*.

Outra peculiaridade que merece ser ressaltada atinente a tal princípio é a proibição de cumprimento de medidas socioeducativas em estabelecimentos destinados aos adultos. Nesse sentido, o artigo 123 do ECA dispõe que a internação deverá ser cumprida, em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. E o artigo 185 determina que a internação não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

Além disso, o item 26.3. das Regras de Beijing determina que *“os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos”*.

Por fim, importante dizer que, ao reconhecer o adolescente como pessoa em desenvolvimento, o legislador concluiu que o jovem é capaz de modificar-se. Aceitou sua natureza dinâmica e que ele se encontra em contínuo aprendizado do mundo e da vida. E foi justamente com base em tal aceitação que propõe o critério pedagógico como norte na aplicação das medidas socioeducativas.

Além disso, sabedor que o tempo de mudança é psicológico, individual, incapaz de ser padronizado ou previsto em termos cronológicos, determina que qualquer medida a ser aplicada deve observar as peculiaridades individuais de cada jovem e sua capacidade de cumprimento.

### 3.4.2. O princípio do melhor interesse do adolescente

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em seu artigo 3º assim declara: *“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”*(grifos nossos)

As Regras de Beijing, no seu item 17.1., d, por sua vez, determina que: *“O interesse e o bem-estar do jovem será sempre preponderante no exame dos casos”*.

Ressalte-se, por primeiro, que o princípio do melhor interesse da criança em nada se relaciona com a máxima do “melhor interesse da criança” (“a regra de ouro do Direito do Menor”, nas palavras de Antonio Fernando do Amaral e Silva<sup>69</sup>), presente durante a doutrina da situação irregular e utilizada para justificar toda e qualquer ação estatal praticada “em favor” da criança e adolescente.

Na doutrina da proteção integral, o melhor interesse da criança e do adolescente significa buscar a melhor solução ao caso, escolhendo-a dentre as soluções oferecidas pelo legislador e dentro dos parâmetros e critérios fixados na normativa juvenil.

Em segundo, diga-se que tal princípio atinente ao campo das medidas socioeducativas garante a observância quando da aplicação destas dos critérios da necessidade pedagógica, capacidade de cumprimento e proporcionalidade, critérios estes que passarão a ser analisados no próximo capítulo, sempre se levando em conta o caráter de excepcionalidade e brevidade da medida de internação.

---

<sup>69</sup>SILVA, Antonio Fernando do Amaral. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude conteúdo da norma interna. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos>>. Acesso em: 06 mar. 2008. p. 2.

E em terceiro e por fim, o princípio do melhor interesse da criança reforça a idéia de que o direito penal juvenil tem caráter subsidiário no que tange às demais disposições do ECA.

A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal somente tem lugar quando as políticas sociais básicas previstas em lei forem insuficientes, tudo para que se reduza ao máximo a intervenção possível na vida e desenvolvimento do adolescente.

### **3.4.3. Os princípios da brevidade e excepcionalidade na privação de liberdade**

O princípio da excepcionalidade é o vetor legal por excelência da aplicação da medida de internação. Tamanha é sua relevância que está presente não só no artigo 121 *caput* do ECA, como também no artigo 227 § 3º, inciso V da Constituição de 1988.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança também consigna em seu art. 37.b, “a detenção, reclusão ou prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei somente e apenas como último recurso”.

Assim, parte-se da idéia de que a regra é a medida em meio aberto. Esta, a princípio, deve sempre ser a primeira opção de regime socioeducativo. A excepcionalidade do caso, pois, deve vir demonstrada de forma a ilidir a presunção de adequação de regime mais brando.

Nos dizeres de Emilio Garcia Mendez: “pode-se afirmar que esta última disposição do § 2º do art. 122 do ECA ‘inverte o ônus da prova’, obrigando o juiz a demonstrar, fundamentadamente, os motivos

que impossibilitaram a aplicação de uma medida diferente da internação.”<sup>70</sup>

Flávio Américo Frasseto, por sua vez, elege para aferição da real necessidade de aplicação da medida de internação a análise dos seguintes aspectos: a) o grau e a natureza da participação do jovem no ato infracional, se foi ele quem protagonizou a ação; b) o *modus operandi*, com maior ou menor profissionalismo na execução do ato infracional; c) efetiva lesão do bem jurídico tutelado ou risco de lesão; d) o contexto mediato e imediato onde emergiu a conduta transgressora; e) a extensão subjetiva da adesão do jovem ao ato.<sup>71</sup>

Isto porque, a medida de internação, por ser a mais gravosa das medidas, retirando a liberdade de ir e vir do adolescente, e expondo-os como pessoa em peculiar condição de desenvolvimento ao isolamento da sociedade e convívio com outras pessoas que infracionaram, pode, ao contrário do esperado, converter tais pessoas em suas figuras de referência e favorecer a incorporação pelo recluso de padrões desajustados ao convívio social normal, produzindo uma identificação com os valores marginais.

Assim, pelo perigo que o internamento se configura, ele deve sempre se pautar pela excepcionalidade e brevidade.

---

<sup>70</sup>MENDEZ, Emilio Garcia. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994. p. 112. (Serie direitos da criança, 4).

<sup>71</sup>FRASSETO, Flavio Américo. op. cit., p. 193.

## **CAPÍTULO IV. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

### **4.1. A natureza jurídica da medida socioeducativa**

Ao concluirmos pela existência de uma responsabilização penal especial dos adolescentes, necessário explicitar então o que seria essa especificidade existente no Direito Penal Juvenil com relação ao Direito Penal. Para tanto, imperioso analisar a gênese da medida socioeducativa e no que esta se assemelha e difere da pena criminal dos adultos.

Para iniciarmos o estudo das medidas socioeducativas em si, importante perquirirmos tanto o seu significado material como instrumental, já que é através deles que obteremos o ponto de intersecção destas com a pena criminal, reafirmando o conceito de Direito Penal Juvenil e estabelecendo suas peculiaridades em relação ao Direito Penal. Ressalta-se que a afirmação de tais peculiaridades não retira, porém, o reconhecimento destas enquanto fenômeno jurídico de índole penal inseridas no contexto do Sistema Penal Juvenil.

Para tanto me reporto às lições de Miguel Reale para quem o material diz respeito ao SER e o instrumental ao DEVER-SER, ou seja, o significado material situa-se no âmbito da substância e o instrumental, no âmbito da pretensão a ser alcançada.

Segundo Miguel Reale, “quando se faz a distinção entre “ser” e “dever ser”, esquece-se de que esses termos, como verbos que são, exprimem tanto estado como atividade e movimento, não se devendo confundir o verbo “ser” com o substantivo “Ser”, que é a estática indeterminação. No plano do ser situa-se tanto a realidade que está aí, diante de nós, no instante em que é observada, como a que flui ou se

desenvolve. As leis da evolução da espécie, por exemplo, são leis do mundo do ser, isto é, do ser em seu envolver, o que desfaz o equívoco de sua redução a algo de estático. A conclusão do ilustre doutrinador está no resumo de que o que caracteriza o mundo do “ser”, em confronto com o mundo do “dever ser”, não é a ausência de movimento, mas sim a origem deste, que, no primeiro caso, resulta de causas; no segundo, ao contrário, é consequência de motivos, ou segundo feliz expressão de Husserl, de causas emocionais....”Ser” e “dever ser” são, por conseguinte, duas posições lógicas perante o real, e não duas interpretações ontológicas do Ser, no plano metafísico...”<sup>72</sup>.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e aplicando as referidas lições na compreensão da medida socioeducativa enquanto fenômeno jurídico e resultado da combinação entre o mundo da substância, o mundo do SER, e o mundo da instrumentalidade, o mundo do DEVER-SER, Afonso Armando Konzen diz que “o material corresponde ao estudo do que a medida significa para o adolescente enquanto providência decorrente da prática de um ato infracional. O instrumental corresponde ao estudo do que se pretende com a aplicação de uma medida, diz com o estudo da finalidade. Ao se falar em significado material, está a se perquirir da essência do objeto e do resultado produzido pela sua tão-só existência. Ao se falar em sentido instrumental, está a se perguntar da serventia do objeto”.<sup>73</sup>

Nesse sentido, concluí que “no âmbito do SER, se a medida socioeducativa produz efeitos de índole penal, esta tem o mesmo significado da pena criminal do adulto, porque gera a mesma sensação para o destinatário, resultado da reprimenda pelo comportamento infracional.”<sup>74</sup>

Assim, no que diz respeito à substância, a medida socioeducativa e a sanção penal do adulto são absolutamente equivalentes, porque ambas restringem ou privam o destinatário de bens

---

<sup>72</sup>REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 87.

<sup>73</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 71-72.

<sup>74</sup>Id., loc. cit.

especialmente tutelados pela ordem jurídica e ambas exercem a mesma função a serviço da defesa social.

Ambas podem ser consideradas como um ato de ingerência estatal na esfera de autonomia do indivíduo. Em ambas a vontade estatal se sobrepõe à vontade do cidadão, tolhendo-lhe o pleno exercício de seus direitos fundamentais naturais, obrigando-o a submeter-se a um determinado regime sem se importar com a sua anuência.

Não é porque a violação da norma penal foi praticada por adolescente que o organismo social pode prescindir de coibi-la. A necessidade de segurança é vital, de forma que a prática de ato equiparado a crime faz nascer uma pretensão de defesa social. A medida socioeducativa, enquanto resposta à ação ilícita, vai cumprir este papel, impondo-se coercitivamente ao transgressor como instrumento para sua socialização ajustada. E justamente por impor-se coercitivamente ao cidadão, enquanto expressão do poder estatal – interferindo em sua esfera de liberdade individual, é que a medida socioeducativa também terá um impacto aflitivo que funcionará na prevenção geral.

E uma vez idêntica a substância da pena criminal do adulto e da medida socioeducativa, ou seja, uma vez tendo estas o mesmo sentido material, o que as distinguiria?

Para responder tal questão, passa-se então a indagar a esfera do DEVER-SER, perquirindo o porquê, por que e para que existe a medida socioeducativa, já que de pena, em sentido largo, se trata.

Ressalte-se que compreender tal distinção é o ponto nodal para admitir a tese de que as medidas socioeducativas são sanções do tipo penal. E, aliás, a confusão e não-distinção dos significados material e instrumental, conforme ensina Afonso Armando Konzen, são justamente as principais causas que adeptos da carta principiológica da Doutrina da Proteção Integral não admitem a tese de que as medidas socioeducativas são sanções do tipo penal. Para ele “a confusão e a falta de clareza serão insolúveis enquanto equivocada a compreensão das medidas como

fenômeno substancial distinto daquilo que se pretende com elas. Ou seja, não há clarividência na distinção entre o mundo da substância e o mundo da instrumentalidade”.<sup>75</sup>

Dito isto, passa-se então ao estudo do significado instrumental da medida socioeducativa, ou seja, qual a sua finalidade.

Tal compreensão está intimamente ligada com os critérios legais estabelecidos pelo legislador do ECA para sua aplicação. Ressalte-se que, diferentemente da Doutrina da Situação Irregular, a medida socioeducativa não se estabelece mais de acordo com o juízo pessoal da autoridade judiciária, mas sim de acordo com os critérios previamente definidos para a escolha da medida de maior serventia ao autor do ato infracional.

Senão vejamos.

O Artigo 112 parágrafo 1º do ECA estabelece que: *A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.*

O Artigo 113 do ECA, por sua vez, diz que: *Aplica-se a este capítulo o disposto nos artigos 99 e 100.*

O Artigo 99 diz respeito à permissão legal no sentido de as medidas serem aplicadas, isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo. E o Artigo 100 faz por estabelecer que, quando da aplicação das medidas, devem-se levar em conta as necessidades pedagógicas da criança ou do adolescente, preferindo-se aqueles que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Confrontando-se estes, por sua vez, com os critérios de aplicação da pena estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, vê-se que, ainda que a pena criminal do adulto, como a medida socioeducativa,

---

<sup>75</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 71-74.

pretendam servir à defesa social, a prevenção da delinquência e a reinserção social do infrator, estas diferem substancialmente.

Isto porque, de acordo com o artigo 59 do Código Penal, o principal elemento subjetivo norteador da valoração do *quantum* da pena entre o mínimo e o máximo cominado em abstrato no tipo penal infringido é o grau da culpabilidade, critério este que, embora necessário também na escolha da medida socioeducativa a ser aplicada, como já vimos no tópico Inimputabilidade e Responsabilidade, não se sobrepõe ao critério da necessidade pedagógica, principal critério norteador da aplicação da medida socioeducativa.

Assim, como ensina Afonso Armando Konzen, a “finalidade da medida socioeducativa tem o tempo de permanência umbilicalmente vinculado ao imperativo sucesso das práticas pedagógicas, sob pena de extinção pelo transcurso do tempo, independentemente do resultado da ação pedagógica” <sup>76</sup> (citando para tanto o artigo 121 parágrafos 3º e 5º do ECA a respeito do tempo de duração máximo da internação e da liberação compulsória do adolescente aos 21 anos). Enquanto que a finalidade da sanção penal do adulto “tem o tempo de permanência agasalhado ao tamanho da reprimenda, conseqüência fundada principalmente no princípio da retributividade, pelo espaço de tempo previamente declarado pelo autor da sentença de condenação”.<sup>77</sup>

Nesta seara tenho que a necessidade pedagógica do adolescente é a finalidade principal das medidas socioeducativas, enquanto que na pena criminal, embora também se pretenda a mesma prevenção delitiva e adequada reinserção social, a carga retributiva é a essência da apenação. Isto porque, na esfera penal do adulto, não se avalia prevalentemente a necessidade pedagógica do adulto, mas sim o tamanho de sua culpa.

Pois bem. Após dissertar sobre a compreensão do fenômeno jurídico da medida socioeducativa, identificando a principal finalidade

---

<sup>76</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 77.

<sup>77</sup>Id., loc. cit.

desta e no que se difere da pena criminal, necessário analisar todos os critérios judiciais para individualização das medidas socioeducativas existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como confrontá-los com a realidade judicial, ou seja, a observância destes nas decisões judiciais e sua suficiência no atendimento da finalidade das medidas socioeducativas.

#### **4.2. Critérios judiciais para a individualização das medidas**

A escolha da medida a ser aplicada ao adolescente infrator implica na individualização desta, garantia de inviolabilidade da liberdade individual e garantia integrada aos fundamentos inalienáveis da ordem constitucional brasileira (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal). Além disso, tal escolha deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal).

Assim, temos que o ajuste individual e fundamentado à situação de cada imputado é condição imperativa para a validade do ato sentencial. E tal individualização depende da adequação da situação de cada adolescente segundo os critérios judiciais para aplicação das medidas socioeducativas.

Partimos da classificação proposta por Afonso Armando Konzen, em sua obra *Pertinência Socioeducativa, Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*<sup>78</sup>, a qual bem delimita e nomeia os critérios judiciais e a partir da qual desenvolvemos nosso ponto de vista.

---

<sup>78</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 79-89.

#### **4.2.1. Critério da necessidade pedagógica**

Para aplicação de medida socioeducativa, segundo o artigo 113 do Estatuto (ao remeter à aplicação do disposto no artigo 100 do mesmo diploma legal) a autoridade judiciária deve levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo aquelas que melhor proporcionarão no caso concreto o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. É o dispositivo legal que configura em essência a principal finalidade da medida socioeducativa, ou seja, a medida socioeducativa visa a dar conta das necessidades pedagógicas do adolescente.

E como atender tais necessidades pedagógicas? Com a criação e desenvolvimento de programas de atendimento adequados à inserção social e familiar do autor de ato infracional. O que, aliás, é o grande desafio dos executores das medidas socioeducativas.

No âmbito da pena criminal do adulto, também se defende com larga aceitação a sua finalidade pedagógica, com o objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Tal teoria, porém, bem como as doutrinas terapêuticas da defesa social foram alvo de críticas. Um de seus ferrenhos críticos foi Ferrajoli para quem o “fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, (por)que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e portanto, o menos possível dissocializante e deseducativo”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup>FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 219.

E continua “...não são esses os principais argumentos que tornam inaceitáveis estas concepções da finalidade da pena. Ainda que sustentadas por boa parte da hodierna cultura penalista e que tenham penetrado até mesmo em nossa Constituição, as ideologias correicionais são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana... E “quando se pretende emendar o cidadão”, adverte Francesco Carrara, a pena “se estende a algo que não prejudica os outros, abrindo estrada às mais sórdidas tiranias, e conferindo ao Estado os poderes que indevidamente se atribuem ao superior de um claustro. Seduz os ânimos a perspectiva da melhoria da humanidade, mas, quando, para alcançá-la, usam-se meios violentos, desnecessários para a defesa alheia, a aparente filantropia se degenera em um despotismo iníquo.”<sup>80</sup>

Como ensina Afonso Armando Konzen,

“Ferrajoli considera que o caráter corretivo associado aos tratamentos penais acaba por justificar as penas de natureza e duração indeterminadas, sujeitas a mutações dependendo das variações das necessidades corretivas e cujo fim corresponde à cura ou arrependimento do réu. Afirma que não é sem razão que tais doutrinas prosperaram na Europa em preparação ao processo de dissolução irracional e subjetivista do direito penal e da razão jurídica “que celebrou a sua opulência nos regimes totalitários ocorridos entre as duas guerras.”<sup>81</sup>

As críticas de Luigi Ferrajoli à finalidade das respostas apregoadas pelos modelos pedagógicos, porém, não podem ser aplicadas ao Sistema Penal Juvenil.

Diferentemente do Direito Penal dos adultos, vige no Direito Penal Juvenil, expressamente preconizado no ECA em seu artigo 6º, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, baseado na crença de que o jovem é suscetível a modelos de aprendizagem como oportunidade de desenvolver as suas competências pessoais (aprender a

---

<sup>80</sup>FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 219.

<sup>81</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 83.

ser), relacionais (aprender a conviver), produtivas (aprender a fazer) e cognitivas (aprender a conhecer) e que o Estado, assim como a sociedade e a família devem contribuir para tais desenvolvimentos.

Nesse sentido, o legislador entendeu por bem e de forma acertada dar a medida socioeducativa finalidade pedagógica. E com base nesta é que o julgador deverá descobrir qual a resposta mais pertinente ao adolescente, a qual virá a auxiliá-lo a refletir criticamente as causas da infração, sua implicação para si e na comunidade em que vive, bem como questionar, cuidar e desenvolver seu projeto de vida.

Mas o que seria essa pedagogia preconizada pelo ECA?

É justamente na resposta a tal pergunta que repousa minha crítica ao critério estabelecido. Estabeleceu-se uma discricionariedade excessiva, sem linhas mestras pedagógicas propostas pelo legislador.

É certo que a pedagogia é uma ciência sempre em desenvolvimento e o que se aplica hoje, amanhã pode se mostrar antiquado e superado por novas técnicas. No entanto, algum norte deveria ser dado, até mesmo para evitar técnicas tão díspares no tratamento de questões idênticas, o que gera justamente o descrédito de todo o Sistema Penal Juvenil.

Entendo que faltou ao legislador enfrentar com clareza o modelo pedagógico a ser adotado, o que, com certeza, poderia ter contribuído para evitar experiências dolorosas como as observadas nas Feben's em São Paulo.

Outra faceta do ideal pedagógico que deve ser observado pelos magistrados e justamente para não se cair nas críticas feitas por Ferrajoli no que se refere ao Correicionalismo é que este depende da adesão voluntária do adolescente. Não há mecanismos para impor a adesão. Assim, preserva o ordenamento jurídico o espaço de inviolabilidade pessoal própria da condição humana.

E como ensina Alexandre Morais da Rosa<sup>82</sup>, mesmo que o adolescente se negue a participar das atividades pedagógicas no curso de tais medidas, estas não podem ser prolongadas de forma indeterminada. Isto porque, segundo tal autor,

“o Estado Democrático de Direito (Ferrajoli) está alicerçado sob o primado da tolerância, alteridade e liberdade do sujeito de ser como bem lhe aprouver. O Estado não possui legitimidade de modificar internamente ninguém. O sujeito, dentre eles o adolescente, possui o Direito Fundamental de exercer sua liberdade, a saber, ser como bem quiser. A intervenção estatal, via o que se denominou Medida Socioeducativa, com fundamento agnóstico (Salo de Carvalho) na linha do Garantismo de Ferrajoli, não pode querer tornar o adolescente melhor, nem pior, ou seja, não pode querer modificar, reformar ou reeducar o adolescente, **salvo se houver demanda** (grifos nossos). Do contrário são fascistas assassinos de subjetividade. Reconheço que muitos atuam lotados de boas intenções, querendo, não raro, o bem dos adolescentes. Todavia, nem os atores sociais, nem o Estado, numa Democracia, podem impor um modelo de sujeito, isto é, fazer “ortopedia moral”, porque este lugar é o do canalha (Lacan): da pedagogia charlatã. Em nome do Bem se promove a maior devastação da subjetividade.”<sup>83</sup>

#### **4.2.2. O critério da capacidade de cumprimento**

Na esfera criminal, embora dados relativos à pessoa do transgressor importem na fixação da pena, esta vem prevista em parâmetros predefinidos não-manipuláveis. Isto é, para cada crime corresponde uma sanção previamente definida entre patamares mínimos e máximos. No sistema penal, assim, o ato criminoso é o que dirige primordialmente a aplicação da pena, e não as condições e circunstâncias pessoais do agente que o cometeu. Na esfera socioeducativa, porém, a ênfase é na pessoa que praticou o ato tipificado como crime. O julgador tem liberdade para fixar a resposta estatal de acordo com a capacidade de

---

<sup>82</sup>ROSA, Alexandre Morais da. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 15-28, jan./fev. 2006.

<sup>83</sup>Id. *Ibid.*, p. 19.

cumprimento do adolescente. Há assim a possibilidade de individualizar a reprimenda, calibrando-a de acordo com as particularidades reais do adolescente, tudo de acordo com o critério da sua capacidade de cumprimento.

Tal critério está previsto expressamente no artigo 112, parágrafo 1º do ECA, segundo o qual, para a escolha da medida, a autoridade judiciária deve levar em conta as condições de saúde do infrator, seus aspectos físicos, mentais e emocionais, ou seja, a medida aplicada deve considerar a peculiar condição de desenvolvimento do destinatário.

Este parágrafo é uma das razões pela qual a avaliação interdisciplinar mostra-se indispensável, pois somente com esta terá sido realizada uma investigação completa sobre o meio social, as circunstâncias de vida do menor e sua família e as condições em que se deu a prática da infração.

Assim, com base no princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento é imperioso reconhecer o caráter obrigatório da avaliação interdisciplinar para motivação das sentenças socioeducativas.

Com relação ao tema também assumem particular importância as situações de incapacidade de cumprimento da medida socioeducativa motivadas por doença ou deficiência mental.

Analisando o §3º do art. 112 do ECA tem-se que o Estatuto não adotou a inimputabilidade por doença ou transtorno mental do inimputável pela menoridade. Ou seja, o adolescente portador de doença ou deficiência mental não é isento de responsabilidade. Assim, a ação socioeducativa contra o adolescente portador de doença ou deficiência mental não será julgada improcedente em razão da referida incapacidade, como previsto na legislação penal dos adultos, onde a doença mental é considerada causa de isenção da pena e para o que se prevê a improcedência da ação penal e a subsequente aplicação de medida de segurança. Nesta, uma vez comprovada a materialidade e autoria, o

adolescente infrator terá contra si uma sentença de procedência, mas com aplicação de medida compatível com sua capacidade mental.

Vê-se ainda que o legislador não fez distinção se o adolescente portador de doença ou deficiência mental tem parcial ou total capacidade de assimilação da medida socioeducativa; a eles não se aplicam estas, mas sim uma medida dita compatível com sua capacidade mental.

No entanto, ainda que o parágrafo 3º do artigo 112 do ECA determine que os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições, a questão permanece obscura no sistema de atendimento a adolescentes infratores. A uma porque a própria lei não especifica qual tipo de tratamento será destinado a estes. A duas, porque não definiu os critérios desse tratamento. E a três porque ainda não foram criados em todos os Estados Federados.

Isto leva e levou muitas vezes a decisão judicial de internação do adolescente com determinação de tratamento psiquiátrico na própria unidade da FEBEM por inúmeros magistrados, o que é absolutamente abominável e contrário aos princípios do ECA.

A jurisprudência do STJ, porém, vem coibindo tais posições e se manifestando reiteradamente na impossibilidade de, uma vez diagnosticado o adolescente como portador de doença ou deficiência mental, cumprir medida socioeducativa e medida protetiva de tratamento psiquiátrico prevista no inciso V do art. 101 do ECA.

Nesse sentido: “Criminal. HC. ECA. Adolescente portador de transtorno de personalidade antisocial. Internação com determinação de tratamento da unidade da Febem. Inadequação. Ofensa ao princípio da legalidade. Ordem concedida.

I. Hipótese em que, diagnosticado no adolescente o transtorno de personalidade anti-social (PAS), foi mantida a medida socioeducativa de internação com a determinação de tratamento psiquiátrico na mesma unidade em que se encontra segregado.

II. O adolescente que apresenta distúrbio psiquiátrico não pode ficar submetido a uma medida socioeducativa diante de sua inaptidão para cumpri-la (art. 112, § 1º do ECA).

III. Se o processo socioeducativo imposto ao paciente – com finalidade ressocializadora – não se mostra apto à resolução de questões psiquiátricas, faz-se necessária a implementação de uma das medidas protetivas dispostas na lei, com a submissão do adolescente a um tratamento adequado à sua doença ou deficiência mental.

IV. A imposição do regime de internação ao paciente, com a determinação de realização de psicoterapia dentro da Unidade da Febem, ofende o Princípio da Legalidade.

V. Deve ser determinada a liberação do adolescente, com a sua submissão imediata a tratamento psiquiátrico devido em local adequado ao transtorno mental apresentado.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.” (HC n. 54.961/SP, rel. ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 25.04.2006).

Em igual sentido HC n. 45.564/SP.

Partindo de tais julgados, tenho que: 1) estando em fase de conhecimento e reconhecida a autoria ou participação na prática de ato infracional, julga-se procedente a representação, aplicando-se unicamente a medida protetiva; 2) julgada improcedente a representação, nem a medida protetiva poderá ser aplicada, pois para tanto, exigir-se-á ação específica, com o devido processo legal e perante o juízo competente (ação de interdição em caso de necessidade de tratamento hospitalar); 3) estando em fase de execução, deverá ser extinto o processo ressocializador e aplicada medida protetiva.

De qualquer forma, ainda que resolvida a questão no que tange à aplicação formal da medida a adolescente portador de doença ou deficiência mental, o STJ não resolveu os casos em que inexistem nos Estados Federados local adequado para tanto.

Mostra-se, por óbvio, nesses casos, a necessidade premente de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para criação de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico específico para tais jovens.

E ainda, que a legislação aponte um norte no tratamento a ser dispensado, ou seja, qual tipo de tratamento deverá ser dado em cada caso, distinguindo as soluções para os casos de deficiência mental completa ou parcial.

A menção de quando deverá cessar a imposição do Estado, ou seja, a fixação de prazo para o tratamento também é primordial. Com efeito, a medida (ainda que não socioeducativa) foi aplicada pelo reconhecimento da prática de um ato infracional e não simplesmente em razão da falta de higidez mental do adolescente. Logo, reconhecer a desnecessidade de fixação de prazo seria dar tratamento mais gravoso ao adolescente portador de doença mental do que àquele mentalmente são (uma vez que a internação conta com prazo máximo de três anos conforme art. 121 § 3º do ECA ).

Entendo que o prazo máximo de internação deveria ser de três anos (tempo máximo previsto para a medida mais gravosa do ECA). Depois disso, se ainda presente o transtorno mental, o adolescente deveria ser transferido imediatamente a outro tipo de estabelecimento, ainda que de natureza psiquiátrica, mas em local distinto daqueles que cumprem a medida em face da procedência de ação socioeducativa.

#### **4.2.3. O critério da proporcionalidade**

O artigo 112, parágrafo 1º do ECA diz que além da capacidade de cumprir a medida, deverão ser levadas em conta, na aplicação desta, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Por sua vez, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou Regras de Beijing, em seu item 5.1., determina que o Sistema de Justiça da Infância e Juventude garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração. Mais adiante, o item 17.1. garante que a decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios; a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade. Regra idêntica encontra-se no artigo 40, item 4, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Ao determinar que as circunstâncias e gravidade da infração deverão ser levadas em conta no critério de escolha das medidas socioeducativas, vê-se que o legislador claramente elegeu, também como critério de aplicação das medidas, a proporcionalidade. Assim, a escolha da sanção socioeducativa se faz também tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida, devendo ser fixada de forma proporcional a estes.

A proporcionalidade, por sua vez, implica necessariamente no reconhecimento da atribuição de caráter retributivo às medidas socioeducativas, ainda que este não se sobreponha ao pedagógico.

Entendo que somente com a acolhida do critério da proporcionalidade, incute-se no jovem o sentimento de justiça com a solução imposta pela sentença. Ora, se em razão de determinado ato infracional incurrir a imposição de determinada solução minimamente proporcional, haverá evidente associação de falta de correspondência e descrédito do sistema penal.

Além disso, é também através da proporcionalidade e retributividade que o direito penal juvenil cumprirá sua função pedagógica

de formar o adolescente em cidadão. Funciona assim a proporcionalidade como saudável critério de retributividade.

#### **4.2.4. O critério balizador do Sistema de aplicação de penas aos adultos como critério para aplicação das medidas socioeducativas – divergência**

Alguns juristas (e aqui não se inclui Afonso Armando Konzen) incluem também como critério judicial de aplicação da medida socioeducativa o balizamento penal constante das normas e critérios de aplicação das penas constantes do Código Penal.

No afã de impedir o maior rigor na aplicação de medida socioeducativa ao adolescente do que seria possível ao maior imputável, nas mesmas condições e circunstâncias, revestem o sistema de aplicação das penas do Direito Penal como balizamento para a aplicação das medidas socioeducativas. Pretendem, assim, uma proporcionalidade também com relação ao Direito Penal.

Assim, ainda que considerada crime determinada conduta infracional, se esta não for objeto de punição com encarceramento na legislação penal dos adultos, por adoção, por exemplo, de solução penal alternativa, esta também deveria ser observada no sistema penal juvenil e impedida a medida de internação.

Tal balizamento, justificam, impediria que um crime de lesão corporal de natureza leve, ainda que entendido como ato infracional cometido mediante violência à pessoa, tivesse como resposta socioeducativa a medida de internação.

Nesse sentido, a lição de Paulo Lúcio Nogueira,

“A internação corresponde ao regime fechado na esfera penal, reservado aos criminosos que apresentem periculosidade e tenham praticado crimes punidos com penas acima de oito anos (CP, art. 33, § 2º, a), pois se a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito será cumprida em regime semi-aberto (CP, art. 33, § 2º, b); b), e em regime aberto se for igual ou inferior a quatro anos, desde que o condenado não seja reincidente (CP, art. 33, § 2º c). A referência à lei penal torna-se necessária para servir de parâmetro no tratamento ao adolescente, que não pode mais ser penalizado que o adulto, mormente levando-se em conta o seu desenvolvimento mental”<sup>84</sup>.

E o entendimento de Flavio Américo Frasseto para quem,

“é necessária uma investigação de todos os fatores atinentes ao ato infracional e que teriam relevância na redução da pena ou modificação de seu regime de cumprimento na esfera criminal. Por exemplo, se o crime consumou-se ou não e, caso tenha sido tentado, até que ponto avançou a execução. Lembre-se que um roubo qualificado, se interrompido em seus primórdios, implica na redução da pena em dois terços. Reduzida a um ano e pouco mais de nove meses de reclusão, tem o réu direito à suspensão condicional da pena na esfera criminal estando vedada, por conseguinte, a aplicação de internação na esfera infracional. De relevo lembrar, também, por exemplo que o furto, o estelionato e apropriação indébita são susceptíveis de privilégios (art. 155 §2º, 171, §1º e 164 do CP) que podem modificar a natureza da pena (de reclusão para detenção ou multa), interferindo na natureza do regime penal cabível.”<sup>85</sup>

A intervenção estatal, portanto, para Flávio Américo Frasseto, no âmbito do Sistema Penal Juvenil, “não pode perder de vista a dimensão da transgressão, dimensão que vem definida na cominação de penas levada a efeito pelo legislador penal, incluindo-se aí os possíveis benefícios tendentes à redução ou atenuação da reprimenda conforme o caso concreto”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup>NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Saraiva: São Paulo: 1991. p. 159.

<sup>85</sup>FRASSETO, Flavio Américo. op. cit., p. 180.

<sup>86</sup>Id. Ibid., p. 178.

Com efeito, tais entendimentos ainda que meritórios por reforçar um dos pilares do princípio da proteção integral, ou seja, que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso que aquele dado ao adulto, partem de premissa, ao meu ver, equivocada.

Embora a pena e a medida socioeducativa tenham natureza punitiva (aspecto material), elas diferem no seu aspecto instrumental, já que se sobrepõe neste último a finalidade pedagógica.

Assim, uma vez considerada tal diferenciação, bem como as peculiaridades do sistema penal juvenil com todas as suas nuances já expostas nessa dissertação, entendo que não seria adequado nem razoável impor ao magistrado da Vara da Infância e Juventude primeiramente a fixação mental da reprimenda, como se o sujeito fosse adulto, com todas as reduções e aumentos legais em face de atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição da pena, para só depois, com base em tal parâmetro, autorizá-lo a aplicar a medida socioeducativa ao caso.

Ressalte-se que as circunstâncias judiciais de aplicação das medidas socioeducativas são outras, mesmo porque a grande escolha do magistrado na Vara da Infância e Juventude refere-se à qualidade das medidas e não à quantidade da pena. Daí, a impossibilidade da adoção dos mesmos parâmetros.

Adotar o entendimento de tais juristas seria igualar parâmetros (das penas e das medidas socioeducativas) para finalidades diversas, o que contrariaria toda a lógica do sistema e o princípio da peculiar condição de desenvolvimento do adolescente.

Na verdade, a internação deve ser a última medida aplicada, não porque não se poderia aplicar o encarceramento para o mesmo caso concreto no Direito Penal, após redução e atenuação da pena por conta de todos benefícios previstos na legislação penal, mas sim porque a internação é pautada pelos critérios da brevidade, da excepcionalidade e da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Fatores estes que já restringem de forma até mais rigorosa a aplicação da

medida privativa de liberdade e a possibilidade de tratamento mais severo ao adolescente pela mesma transgressão, que o critério proposto por tais autores.

#### **4.3. Conjecturas sobre a pertinência jurídica da atuação de magistrados na área**

Em regra, como exposto acima, as circunstâncias judiciais norteadoras da aplicação da medida socioeducativa cingem-se a critérios legais objetivamente relacionados à necessidade pedagógica, à capacidade de cumprimento, à proporcionalidade atinente às circunstâncias e gravidade do ato infracional e ao impedimento de serem aplicadas medidas mais gravosas que aquelas previstas no Sistema Penal, considerando os possíveis benefícios tendentes à redução ou atenuação da reprimenda conforme o caso concreto, bem como os tendentes à substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Ocorre que nem sempre tais critérios são observados pelos magistrados ou ainda que observados nem sempre são suficientes para atender à finalidade precípua das medidas socioeducativas e os princípios norteadores do sistema penal juvenil.

O que realmente precisa mudar? A visão dos magistrados? Os critérios legais? E quais as razões para tais fatos? Em que realidade nos encontramos?

Tais indagações, que, em parte já foram respondidas nos tópicos acima, começaram a surgir durante minha atuação em Vara de Infância e Juventude nas Comarcas do Estado de São Paulo e foram o estímulo para o início dessa pesquisa científica onde se busca não só a constatação de falhas, mas também contribuição para a reflexão e busca

de soluções para a chamada “crise de interpretação e implementação” do ECA, nos dizeres de Emilio Garcia Mendez.<sup>87</sup>

#### **4.3.1. A não-observância dos critérios legais nas fundamentações das sentenças socioeducativas pelos magistrados**

Ainda que o grande norte para a aplicação das medidas socioeducativas seja o critério da necessidade pedagógica, vê-se que os magistrados continuam a ignorá-lo, aplicando tais medidas simplesmente baseados na gravidade do ato infracional cometido e na relevância do bem jurídico atingido.

Há um grande número de magistrados que simplesmente entende desnecessária a realização de estudo psicossocial, o qual retira o embasamento técnico necessário para escolha da melhor opção pedagógica a partir da análise das condições do adolescente e sua família. Muitos deles entendem que a gravidade do fato é suficiente para aferir o tipo de medida socioeducativa a ser aplicada e que o laudo em nada influenciaria na escolha.

Outra parte simplesmente ignora o resultado do laudo psicossocial, não o utilizando para fundamentar a escolha da medida. Tais juízes simplesmente criticam os aspectos da personalidade e sociabilidade do adolescente, mas não apontam em que a medida socioeducativa supriria suas necessidades e viria em prol da necessidade pedagógica deste.

No Estado de São Paulo são comuns decisões de magistrados de 1º grau nesse sentido e pior, corroboradas pelo seu Tribunal.

Nesse sentido, as jurisprudências que abaixo colaciono:

---

<sup>87</sup>Expressão utilizada pelo jurista argentino a respeito do ECA in MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano, cit. p. 4.

“Menor – Medida socioeducativa – Internação – Substituição por semiliberdade – Inadmissibilidade – Ato infracional revestido de especial gravidade – Estupro – Necessidade de aplicação da mais grave das medidas sócio-educativas – Recurso não provido. (Relator: Dirceu de Mello – Apelação Cível n. 17.078-0 – São Paulo – 17.03.94).

“Menor – Infração - Medida socioeducativa – Substituição – Liberdade assistida por internação – Admissibilidade – Participação em latrocínio consumado – Gravidade da conduta que exige aplicação da medida mais severa – Recurso provido. É certo que as medidas sócio-educativas buscam, antes de mais nada, a ressocialização do adolescente infrator, mas não se pode olvidar que guardam elas também, certo conteúdo retributivo, a fim de criar no adolescente a consciência da ilegitimidade da prática de atos infracionais” (Relator : Dirceu de Mello – Apelação Cível n. 17.381 – São Paulo – 28.04.94).

A capacidade do adolescente em cumprir a medida também não é um dos critérios mais observadas pelos magistrados. A presença de fatores relacionados ao uso ou dependência confessa de psicoquímicos por parte dos adolescentes em nada influi na escolha. Quanto muito se aplica medida socioeducativa conjuntamente com medida de proteção para tratamento de toxicômanos.

Como se não bastasse, em nenhum momento se perquire se a capacidade de discernimento do adolescente se encontrava abalada no momento da prática do ato infracional em razão do uso ou dependência de drogas.

A culpabilidade, em nenhum momento é discutida nas sentenças. A menor ou maior participação do adolescente sequer é mencionada. Basta que este tenha praticado ato infracional grave (fato que não demanda qualquer outra perquirição) para ser internado.

Mostra-se clara ainda a confusão entre o critério da proporcionalidade e da necessidade pedagógica. É comum fundamentar a aplicação da medida de internação pela necessidade de proteção ao adolescente, que se vê sem norte familiar ou estrutural para protegê-lo e guiá-lo.

Confira-se:

“A adolescente está em lugar incerto e consta que não possui amparo familiar; vive abandonada nas ruas pedindo esmolas e praticando pequenas infrações. Por estas razões nem se cogita em permitir que permaneça nas ruas simplesmente porque a lei não prevê expressamente a hipótese, pois a condição da menor é incompatível com tal solução (AgIn 40.475/00. Rel. Silva Leme – TJSP)

E ainda: “a aplicação da internação não teve como escopo piorar a situação do menor. Buscou-se apenas uma melhor maneira de proteger o adolescente que se encontra em manifesto estado de desorientação” (AgIn. 35.086/2- TJSP).

“HABEAS CORPUS – Menor – Ato infracional – Tráfico de entorpecentes – Internação decretada por sentença em procedimento destinado à apuração da prática de ato infracional – Impetração que questiona a conveniência e a legalidade da medida imposta – Hipótese dos autos que justifica a imposição da medida extrema – Gravidade da infração, que violenta a sociedade, justifica a segregação inicial do adolescente infrator – Internação que também proporciona proteção à integridade física do menor e, portanto, constitui a medida que mais atende aos seus superiores interesses – Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 040.493-0 – Guarulhos – Câmara Especial – Relator: Carlos Ortiz – 21.08.97 – V.U. 742/554/04).

Em Porto Alegre, o mesmo fenômeno se repete. Afonso Armando Konzen, através de pesquisa científica em que elegeu 100 sentenças para análise no Estado de Porto Alegre também constatou que a maioria dos magistrados considera como fator preponderante para a aplicação da medida a gravidade do ato infracional. E que em vários casos, os demais critérios sequer foram objeto de maiores considerações.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup>As sentenças escolhidas para análise foram sentenças transitadas em julgado e de aplicação da medida socioeducativa de internação pela prática de atos infracionais considerados pelos sentenciados como de natureza grave. A base territorial da verificação concentrou-se em sentenças em fase de execução perante a Terceira Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre, RS, e são relativas a jovens do sexo masculino nascidos no ano de 1984 e que completaram a maioridade penal, portanto, no transcurso do ano de 2002. As sentenças têm as seguintes origens: doze (12), da sede do Juizado Regional da Infância e da Juventude de

Como observa Afonso Armando Konzen,

“há um juízo subjetivo de conteúdo ético sobre a pessoa do adolescente, sem qualquer indicativo de valoração probatória. Trata-se de afirmativas ditadas pela percepção empírica do julgador. O que há de inadequado nessas circunstâncias é a adjetivação da pessoa do processado e não tão-só sobre o fato ilícito em julgamento. Em conseqüência emite a sentença juízo de valor sobre a condição pessoal do adolescente, tudo isso sem qualquer embasamento probatório.... A infração é vista como uma falha individual relacionada ao caráter da pessoa e, em conseqüência, pretende-se revestir a medida de legitimidade, porque imposta em compensação dessa falha. Ora, o fato de se pretender a incidência de atividades pedagógicas em razão da existência concreta de uma falha de conduta não significa legitimidade, por si tão-só, para a medida em razão da avaliação do caráter pessoal do autor de ato, ainda que se tenha constatado a existência de eventuais problemas na estruturação da personalidade do autor do ato. O equívoco da distinção faz com que o adolescente seja tratado com maior rigor do que o seria o próprio adulto em situação similar.<sup>89</sup>

Vê-se assim que, em regra, as fundamentações discorrem apenas acerca da periculosidade do adolescente e da adequação da medida aplicada para contê-lo em sua agressividade, tendo em vista seu prognóstico de vir a voltar a delinqüir.

Constata-se, assim, uma tendência clara de retorno ao positivismo criminológico. Conforme Ana Paula M. Costa, citando Larrauri,

“a característica central da criminologia tradicional está em seu objeto estar focalizado no sujeito criminoso e seu comportamento, buscando identificar as causas de tal comportamento, as quais seriam explicativas da criminalidade. Sua visão é do sujeito criminoso com

---

Porto Alegre; dez (10) de comarcas do Juizado Regional da Infância e Juventude de Novo Hamburgo; seis (6), de comarcas do Juizado Regional da Infância e Juventude de Passo Fundo; e três (3), uma sentença de cada Juizado, de comarcas dos Juizados Regionais da Infância e da Juventude de Santa Maria, Caxias do Sul e Osório.

Os tipos infracionais das sentenças analisadas têm as seguintes capitulações, segundo o resultado trânsito em julgado: latrocínio, em seis (6) casos; roubo qualificado pela violência real, em vinte e nove (29) casos; homicídio simples e qualificado, em oito (8) casos; furto qualificado, em três (3) casos; estupro, em três (3) casos; e tráfico de entorpecentes, em um (1) caso.

<sup>89</sup>KONZEN, Afonso Armando. op. cit., p. 110-111.

comportamento determinado, a partir das diferenças que o constituem em relação aos demais sujeitos sociais.”<sup>90</sup> E conclui que “apesar das contundentes críticas sofridas pelo positivismo criminológico ao longo da história, esta vertente de pensamento permanece manifesta até os dias atuais, sendo renovada em seus argumentos a partir de novas justificativas do crime, desde o ponto de vista individual”.<sup>91</sup>

A idéia freqüente da contenção do adolescente para sua “suposta proteção” nas fundamentações das decisões judiciais também demonstra a existência ainda no Poder Judiciário Brasileiro da cultura menorista da doutrina da situação irregular.

O juiz brasileiro se encontra num paradoxo.

Ao mesmo tempo em que nega o caráter penal das medidas, acreditando que estas têm apenas caráter protetivo, absolvendo assim sua consciência que ainda não aceita a existência de uma responsabilização penal juvenil, que ainda crê na figura do juiz pai e protetor, pune cada vez mais pelo simples fato de que o ato infracional é grave, demonstrando a existência de uma cultura punitiva penal que foi transportada para o sistema socioeducativo do ECA.

O juiz brasileiro ainda não se livrou do seu papel de juiz pai e agora o confunde com o de juiz penal, não tendo ainda refletido nem incorporado o novo paradigma da proteção integral posto pelo ECA.

O Judiciário brasileiro ainda não se deu conta que a relativização das normas em nome de suposto “superior interesse do menor” que precisa ser protegido, viola direitos e garantias de adolescentes e faz com que o Estado de Direito se distancie cada vez mais dessa parcela de cidadãos, que se torna uma abstração na vida deles, gerando descrédito a todo o Sistema Penal Juvenil e maior violência como forma de repulsa e revolta à sociedade.

---

<sup>90</sup>COSTA, Ana Paula Motta. op. cit., p. 157, citando Helena Larrauri, “La herencia de la criminología crítica, p. 17-29.

<sup>91</sup>Id. Ibid., p. 157, citando Helena Larrauri, “La herencia de la criminología crítica, p. 17-29.

E pergunta-se: será que a busca da diminuição da menoridade penal atual não está associada justamente à forma como os magistrados vêm aplicando as medidas sócio-educativas? Será que a não-compreensão da sociedade a respeito da responsabilização penal não tem suas causas justamente nas fundamentações das decisões judiciais que são dirigidas a seus jovens?

Temo que sim. E somente com a necessária *mea culpa* a mudança de mentalidade virá e com ela a solução da chamada crise de interpretação do ECA.

#### **4.3.2. A observância dos critérios e a existência da barreira estrutural a impedir sua concretização**

É certo que existe uma grande gama de magistrados que, como já dito, ignoram o caráter pedagógico e a capacidade de cumprimento pelos adolescentes em relação às medidas socioeducativas, não sopesando tais critérios como deveriam na fundamentação de suas decisões. No entanto, há também aqueles que entendem sua necessidade, mas se vêem impedidos de considerá-lo em face da barreira estrutural que os cercam.

O ponto nodal é a escassez de recursos a que o magistrado se encontra nas mais diversas Comarcas do país.

Muitas vezes não há equipe interdisciplinar ou interprofissional para realização de laudo psicossocial, ou, quando existente, restringe-se a um só profissional que atende além da Vara da Infância e Juventude, as varas criminais e de família e com grande número de feitas. Ou então as dificuldades são de ordem material, pela falta de disposição de veículo para a realização das visitas domiciliares, ou literalmente ausência de condições de trafegabilidade do veículo do Forum.

Mudaram-se os paradigmas legais para o enfrentamento da criminalidade juvenil com a Doutrina da Proteção Integral, mas, na prática, aproveitou-se a estrutura precária anterior, sem grandes inovações que a legislação exigia, nem capacitação dos profissionais da área da infância e da juventude.

Chega-se à conclusão que, muitas vezes, na prática, os critérios norteadores da atividade judicial não são os legais, mas sim os meios que o magistrado dispõe na Comarca em que atua, o que põe em descrédito a Justiça Penal Juvenil, tanto junto ao adolescente que recebe a medida como junto à comunidade.

Verifica-se que a municipalização das medidas em meio aberto, embora positiva sobre inúmeros aspectos, justamente por aproximar a comunidade de sua juventude, responsabilizando-a pelos seus filhos, tem também seu aspecto negativo, isto porque, não existe homogeneidade nos programas de medidas em meio aberto entre as Comarcas, muitas vezes vizinhas.

Cada Município, dependendo do grau de importância que o Executivo dá à questão, bem como da organização de sua comunidade, possui ou não programas de medidas em meio aberto.<sup>92</sup>

Assim, por exemplo, se o adolescente morar no Município X, terá à sua disposição um leque de possibilidades para cumprimento de todas as medidas em meio aberto, mas se morar no Município Y, que dista aproximadamente 15 km do Município X, onde só há estrutura para aplicação da medida de prestação de serviços à comunidade, somente esta será aplicada independentemente da necessidade pedagógica do adolescente.

Como se não bastasse, a prestação de serviços à comunidade no Município Y, por exemplo, só será feita junto à biblioteca Municipal

---

<sup>92</sup>Em que pese ser a ação civil pública o meio legítimo de obter a implantação desses programas nos Municípios, sabe-se que muitas vezes, a ausência de verba e falta de vontade política é tamanha que mesmo com sentença condenatória nesse sentido, a execução mostra-se inviável.

local, independentemente da personalidade ou aptidão do adolescente, enquanto que no Município X, vários órgãos municipais ajudam e auxiliam o programa de prestação de serviços à comunidade, valorizando a recuperação do adolescente.

O ECA também não se preocupou com as peculiaridades regionais do país, uniformizando a exigência de programas de medidas que muitas vezes são impossíveis de serem postos em prática, seja pela geografia do lugar, seja pela cultura social do local.

Logo, ainda que levados em conta pelo juiz os critérios da necessidade pedagógica e da capacidade de cumprimento pelo adolescente, muitas vezes este esbarra na estrutura operacional posta à sua disposição.

Assim, no momento da aplicação da medida, por exemplo, ainda que fosse salutar a escolha da medida de liberdade assistida pelo aspecto pedagógico que esta proporcionaria, levando-se em conta a capacidade de cumprimento do adolescente, ao não se deparar com a existência de tal programa, o magistrado se vê compelido a aplicar outra.

Além disso, os juízes da Infância e Juventude se vêem ainda às voltas com programas deficientes, sem pessoal especializado nem estratégia pedagógica realmente eficaz, que se desenvolvam em condições adequadas e satisfatórias.

A frustração até dos bem-intencionados é tamanha, que a reeducação passa a ser encarada apenas como uma mistificação utópica posta pelo legislador e que, por não ser possível praticá-la, deve ser abandonada.

A “suposta” falácia pedagógica embrutece a atuação dos magistrados, que passam a aplicar as medidas socioeducativas apenas em face da gravidade do ato, cansados de não encontrar na realidade o respaldo necessário que a mudança formal do paradigma pelo ECA impôs.

A realidade frustra e embrutece. Esquece-se que esta está aí para ser mudada e não para justificar a má atuação do Poder Judiciário.

Conclui-se, assim, que a individualização da medida é deficiente, não atentando, em regra, o magistrado, para os critérios judiciais de aplicação da medida socioeducativa ora por razões ideológicas ora por razões de operacionalização.

Assim, embora exista na teoria uma diferenciação formal entre pena e medida socioeducativa, construção esta proposta neste capítulo, na prática, ambas se identificam. Isto porque, ao final, uma vez não observados os critérios judiciais específicos para sua aplicação, ambas passam a ter as mesmas características, natureza e essência. Na prática, emerge de ambas de forma uníssona apenas o caráter coercitivo, sancionatório e punitivo, além da finalidade da prevenção social e da proteção de bens, estando elas a serviço do patrimônio e da defesa da sociedade.

## **CAPÍTULO V. MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS**

Passa-se agora a dissertar sobre cada uma das medidas socioeducativas previstas no ECA, estabelecendo a real dimensão de cada uma, crendo-se que somente através de uma melhor compreensão destas, conjugada com os critérios de aplicação identificados nesta dissertação e a principiologia que norteia o Sistema Penal Juvenil, é que se poderá também obter êxito na sua correta individualização e aplicação.

### **5.1. Medidas socioeducativas não-privativas de liberdade**

#### **5.1.1. Advertência**

A advertência, a medida mais branda das previstas no artigo 112 do ECA, esgota-se em uma admoestação feita pelo Juiz ao infrator em audiência especialmente prevista para tanto, com finalidade informativa, formativa e imediata acerca da prática da infração e suas conseqüências.

Tal audiência, muitas vezes, é feita de forma coletiva, reunindo todos os jovens sujeitos a tal sancionamento em frente ao Juiz que os admoestará, exercendo seu papel de imposição de limites. No entanto, não é a forma ideal. Mesmo porque o caráter intimidatório e pedagógico desta só se aperfeiçoa com a presença dos pais do adolescente à solenidade, ocasião em que deverá ser lida a representação do ato infracional pelo juiz, ou, em caso de remissão, um resumo dos fatos, obtendo do adolescente um comprometimento de que estes não mais se repetirão. E tais leituras e observações, uma vez que os procedimentos perante a Infância e Juventude são sigilosos, só é possível em audiência individual que correrá em segredo de justiça.

Importante dizer que, em regra, tal medida costuma ser a preferencial em casos de composição com a remissão, resultando na extinção do procedimento quando exaurida em audiência.

Questão relevante a respeito da advertência, diz respeito ao parágrafo único do artigo 114 do ECA, que permite tal sancionamento sem prova da autoria, bastando indícios, se provada a materialidade.

Embora segundo Miguel Moacyr Alves Lima, “estão excluídas as situações que acarretem ‘mera suspeita’, visto que a autoridade deverá contar com elementos de convicção, embora não plenamente concludentes, mas fortemente indicativos, sobre a autoria do ato infracional. Afinal de contas, a despeito de sua aparente simplicidade, a advertência constitui uma interferência na esfera do *jus libertatis* do adolescente, e seu caráter sócio-educativo determina sua vinculação ao *princípio da justa causa*”<sup>93</sup>, entendo que a aplicação de qualquer medida socioeducativa deve repousar na prova de autoria e da materialidade, sob pena de arbitrariedade e discricionariedade indevidas.

Como bem salienta João Batista da Costa Saraiva, “não é possível advertir quem nada admite, ou aquele de quem não se prova que tenha participado do fato. Se nada admite, não há do que ser advertido. Poderá ser processado”<sup>94</sup>.

Logo, tenho como inconstitucional a disposição do parágrafo único do artigo 114 do ECA.

A medida de advertência, muitas vezes, banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro dos antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese da prática de nova infração.

---

<sup>93</sup>LIMA, Miguel Moacyr Alves. Comentários ao artigo 114 do ECA. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 390.

<sup>94</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2006. p. 157.

### **5.1.2. Obrigação de reparar o dano**

Tal medida impõe a reparação do dano causado pela prática de ato infracional e destina-se precipuamente às infrações com reflexos patrimoniais.

A reparação do dano se faz através da restituição do bem, do ressarcimento e/ou de outras formas de compensação da vítima.

No entanto, tal medida é pouco aplicada, isto porque quase sempre os adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais não têm condições econômicas para ressarcir a vítima de seus danos ou porque as vítimas não desejam sequer a presença próxima do adolescente.

Ressalte-se que ao ver de João Batista da Costa Saraiva não se pode transferir aos pais do adolescente tal dever. Ora, impor a estes tal obrigação seria desvirtuar a medida, que não se confunde com a figura da responsabilidade civil dos pais em relação aos atos ilícitos de seus filhos prevista na legislação civil pátria.<sup>95</sup>

A reparação do dano há que resultar do agir do adolescente, de seus próprios meios, compondo com a própria vítima, muitas vezes, em um agir restaurativo.

Na incapacidade de cumprir a medida, será essa substituída por outra não-privativa de liberdade (artigo 116, parágrafo único do ECA).

### **5.1.3. Prestação de Serviços à Comunidade**

A medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade tem traços semelhantes à pena restritiva de direitos dessa natureza introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei

---

<sup>95</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*, cit., p. 157.

7.210/1984, a Lei de Execução Penal, e posteriormente prevista como pena substitutiva à prisão na Lei 9.714/1998.

No entanto, a medida socioeducativa de prestação de serviços não é aplicada em substituição à medida de privação de liberdade tal qual a pena restritiva de direitos introduzida pela Lei 7.210/1984, mas sim imposta per si, após análise das condições pessoais do adolescente e do ato infracional por ele praticado, não podendo exceder o período máximo de seis meses.

Ressalte-se, porém, que para a pena de prestação de serviço social comunitário, seis meses é o limite mínimo de pena privativa de liberdade imposta para que seja possível a substituição, enquanto para a medida de prestação de serviços o mesmo período refere-se ao limite máximo de cumprimento autorizado pelo Estatuto.

A execução de tal medida pressupõe a realização de convênios entre os agentes executivos das medidas e os órgãos governamentais ou comunitários a fim de inserir o adolescente em programas que prevejam a realização de tarefas adequadas às suas aptidões.

O órgão executor deve centralizar a ação de encaminhamento do adolescente, sendo para tanto, dotado de uma equipe técnica apta a fazer a avaliação do jovem e encaminhá-lo a um dos serviços disponíveis entre aqueles conveniados, cujo perfil e conveniência seja mais adequado à sua característica e aptidão.

Assim, verifica-se que o Juiz ao sancionar o adolescente não indica necessariamente o local da prestação do serviço. Esse será definido, em um segundo momento, pelo órgão executor (seja da Prefeitura, seja de uma organização não-governamental a que se atribua essa tarefa), que, após entrevistar o adolescente, definirá o local mais adequado, levando em conta suas aptidões, a distância entre o local de cumprimento e sua residência, enfim, todas as condições subjetivas e objetivas que permitam a eficácia da medida.

As disposições do Estatuto no artigo 117, como locais de prestação de serviço, são meramente ilustrativas (hospitais, entidades assistenciais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais), proibindo a lei apenas que as atividades interfiram na frequência escolar ou na jornada normal de trabalho do jovem, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou outros dias úteis.

Poderá ocorrer a aplicação de medida socioeducativa em mais de um processo envolvendo o adolescente, caso em que deverá haver a unificação das medidas, com somatório dos períodos, em um mesmo processo de execução, assegurando-se que não exceda ao período de oito horas semanais.

Poderá ocorrer que no somatório o limite de seis meses seja extrapolado. Nesse caso, propõe João Batista Costa Saraiva que se leve em consideração o início de cada medida, assegurando-se aquele teto.<sup>96</sup> Assim, se o adolescente estiver cumprindo medida de PSC por seis meses, com oito horas semanais, e após cumprir três meses, por exemplo, sobrevier outra da mesma natureza, por fato novo, retoma-se a contagem do prazo, agregando-se o período da nova medida imposta até o limite de seis meses.

Em caso de unificação de medidas, porém, faz-se necessária a realização de uma nova audiência com o adolescente, inteirando-o da nova situação e do acréscimo de tempo de cumprimento decorrente do novo sancionamento.

---

<sup>96</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*, cit., p. 160.

#### **5.1.4. Liberdade assistida**

A medida de liberdade assistida substituiu a medida de liberdade vigiada prevista nas legislações menoristas. A alteração corresponde exatamente à tentativa de superação do caráter de vigilância sobre o adolescente e à introdução dos objetivos de acompanhamento, auxílio e orientação ao adolescente durante sua execução. Com a adoção do conceito de adolescentes como sujeitos livres e em desenvolvimento que requerem, no caso, apoio e assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolverem à plenitude.

Tal medida propõe um acompanhamento personalizado na vida do adolescente, seja no aspecto de inserção comunitária, manutenção de vínculos familiares, frequência à escola, seja no aspecto de inserção no mercado de trabalho e/ou cursos profissionalizantes e formativos.

Assim, os programas de liberdade assistida devem ser estruturados no nível municipal, preferencialmente localizados nas comunidades de origem do adolescente. Devem, ainda, ser gerenciados e desenvolvidos pelo órgão executor no nível municipal em parceria com o Judiciário, que supervisiona e acompanha as ações do programa através de relatórios periódicos e avaliações relativas à evolução da medida, nunca inferiores a seis meses, tempo mínimo de imposição da sanção, que ao final será declarada extinta ou prorrogada por até o mesmo período, sucessivamente, até o limite dos 21 anos.

Embora o ECA silencie sobre o prazo máximo da medida de liberdade assistida, entendo que, por aplicação analógica ao artigo 121 § 3º do ECA e pela proibição constitucional de existência de pena completamente indeterminada, o prazo máximo dessa medida deverá ser de 03 anos, tal qual a medida de internação.

Os membros da equipe responsável pela execução da medida de liberdade assistida devem passar a constituir uma referência permanente para o adolescente e sua família, fornecendo orientações

tanto ao adolescente como à sua família e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social, promovendo a matrícula do adolescente em estabelecimento de ensino e diligenciando no sentido da sua profissionalização e de sua inserção no mercado de trabalho.

Como na Prestação de Serviços à Comunidade, a Liberdade Assistida deve ter início com uma audiência admonitória, onde o adolescente é apresentado a seu orientador e na qual são estabelecidas as combinações iniciais sobre o cumprimento da medida e advertido da necessidade de cumprimento dessas combinações sob pena de regressão da medida.

É inegável a similitude da liberdade assistida com o instituto da suspensão condicional da pena, o *sursis* do direito penal, que corresponde à suspensão da execução da pena privativa de liberdade não superior a dois anos, no prazo de dois a quatro anos.

Nesse prazo probatório, o sentenciado deve cumprir com condições legalmente impostas, fixadas na sentença que descumpridas ensejam a revogação obrigatória da suspensão e o retorno ao cumprimento da pena de prisão. As condições devem variar de acordo com a personalidade do sentenciado e podem incluir a freqüência a cursos educacionais e profissionalizantes.

A diferença é que a liberdade assistida é imposta ao adolescente em sentença socioeducativa, não como forma de suspensão da ação socioeducativa, e tampouco em substituição à internação.

## **5.2. Cumulação de medidas não-privativas de liberdade e conveniência**

Segundo o artigo 99 do ECA, as medidas socioeducativas podem ser aplicadas de forma cumulativa. No entanto, por evidente, se recomenda que se façam compatíveis entre si as medidas determinadas e seja recomendável ao caso concreto.

Particularmente, porém, entendo indevida tal cumulação. Isto porque, ainda que não explícita, podemos identificar uma graduação de severidade entre as medidas socioeducativas, entendendo-a como menos severa a advertência e como mais severa a liberdade assistida. Ressalte-se que a severidade está no maior ou menor grau de interferência na vida do adolescente infrator com a medida imposta. Pois bem. Na medida em que se aplica, por exemplo, a medida de liberdade assistida, estaria implícita nesta o conteúdo afirmativo das demais.

### **5.3. Medidas Socioeducativas Privativas de Liberdade**

As medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação) são somente aplicáveis diante de circunstâncias efetivamente graves, enquanto mecanismo de defesa social, observando-se com rigor o estabelecido nos incisos I a III do artigo 122, devendo reservar-se para os casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça ou reiteração de atos infracionais graves, observando-se ainda os princípios da excepcionalidade e brevidade.

A internação-sanção prevista no inciso III do artigo 122, a configurar a possibilidade de regressão de medida mais branda para outra privativa de liberdade, visa, por sua vez, o constrangimento do adolescente à retomada da medida socioeducativa anteriormente imposta e reiterada e injustificadamente descumprida.

Em que pese as hipóteses configuradas no artigo 122 do ECA, entendo que a simples alusão a atos cometidos com violência à pessoa ou grave ameaça são absolutamente insuficientes numa visão garantista proposta pelo próprio sistema. Isto porque, em uma análise primária da Lei, como já apontado em outro tópico desta dissertação, poder-se-ia chegar à conclusão que até uma lesão corporal leve poderia ensejar a aplicação de medida de internação. O que seria distorcer os princípios da proporcionalidade e contrariar o princípio do Direito Penal como baliza

para a responsabilização socioeducativa. O ideal seria a determinação expressa dos tipos penais aptos a permitir esse sancionamento pelo legislador.

Ademais, a lei silencia sobre o significado dos conceitos de ato infracional grave e reiteração de conduta.

Consolida-se o entendimento na jurisprudência de que a reiteração de atos graves não se confunde com reincidência, que supõe a realização de novo ato infracional após o trânsito em julgado de decisão anterior. No âmbito do direito penal juvenil, a reiteração se revela um conceito jurídico de maior abrangência que o de reincidência, alcançando aqueles casos que a doutrina penal define em relação ao imputável como “tecnicamente primário”. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a reiteração de conduta infracional pelo adolescente a autorizar a aplicação de medida de internação pressupõe, no mínimo, a prática de três ou mais condutas infracionais.<sup>97</sup>

Questiona-se aqui a legalidade da interpretação jurisprudencial, já que ainda que se admita a aplicação da medida mais drástica com no mínimo três condutas infracionais anteriores, a não-observância do pressuposto da coisa julgada no reconhecimento do cometimento de tais atos infracionais fere o princípio da inocência, princípio processual este que também se aplica ao Sistema Juvenil.

A aplicação de internação por descumprimento reiterado e injusticável da medida anteriormente imposta (inciso III do artigo 122 do ECA), por sua vez, pressupõe que a origem da medida descumprida deverá haver sido dada em sentença, dentro do devido processo legal, oportunizada ampla dilação probatória, não se conformando esta alternativa àquelas originárias em sede de remissão.

Ressalte-se ainda que a tão-só gravidade da conduta não autoriza por si mesma a opção pelo sancionamento da internação. A estas

---

<sup>97</sup>STJ, HC 27273 / RJ, 5ª Turma, Relator: Ministra Laurita Vaz. Data da decisão: 10/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 347

condições objetivas listadas nos incisos do artigo 122, que autorizam a cogitação pela alternativa à privação de liberdade, deverão agregar-se condições subjetivas. Há que se levar em conta os elementos constantes no parágrafo 1º do artigo 112, para determinação da medida adequada às circunstâncias do fato e às condições subjetivas do adolescente, haja vista que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida mais adequada.

O julgador tem que ter em mente as conseqüências da institucionalização para o jovem, que com sua imposição rompe tanto com convívio familiar, como com o ambiente da comunidade e demais agrupamentos sociais. Cessa sua liberdade de ir e vir e a possibilidade da livre satisfação das necessidades.

Ademais, por imposição da sentença, ocorre a vinculação obrigatória ao modo de vida ditado pelo dirigente ou por seus prepostos, modo de vida voltado mais para a disciplina e para a manutenção da ordem do que para a satisfação da vontade pessoal. Todas as instituições, das piores a melhor, todas, indistintamente, tendem a prevalecer, nesse regime, assim como em qualquer outro, as regras da instituição sobre a vontade do institucionalizado. O modo de vida institucional equivale à perda da individualidade, porque as crenças e valores de cada um passam a ser substituídos pela ética ditada pela instituição. Constitui-se a institucionalização em fenômeno oficial e proposital de exclusão, tudo em nome da paz social e da segurança da sociedade.

Ao estudar as instituições totalitárias e suas características, Sirlei Fátima Tavares Alves cita Erving Goffman, que, assim enunciou as características comuns a todas elas:

“O aspecto central das instituições totais pode ser descrito como a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas da vida: dormir, brincar e trabalhar. Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase de atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em

conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva um tempo predeterminado à seguinte, e toda a seqüência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras normais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição. 'Qualquer que seja a definição, o objetivo das instituições totais será sempre direcionado para o controle e correção dos sujeitos.'

Sirlei Fátima Tavares Alves, aliás, através de pesquisa realizada junto à FEBEM-SP por ocasião de sua Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Psicologia da USP, constatou a presença no cotidiano dessa instituição, em alguns aspectos, ações semelhantes às descritas por Goffman, dizendo que:

“A instituição FEBEM-SP não gere a si mesma. Sua vida é criada a partir das interfaces e do entrecruzamento de demandas instituídas por outras instituições: as instâncias judiciária, legislativa e executiva, médica, educacional, religiosa, familiar etc., as quais historicamente detêm um poder na normatização das condutas humanas.

Não se pode negar a existência de algum tipo de gerência onde circula o poder, o qual se poderá configurar como onipotente e arbitrário. Raramente, dentro das instituições totais, os sujeitos ocupam o mesmo nível de poder. Existe uma hierarquia que os distribui quanto ao nível de participação nas decisões. Sobretudo, o Estado apresenta sua face por meio dessa gerência, instituindo uma autoridade que se encarregará do cumprimento do plano proposto.

Apesar das décadas já transcorridas desde o início de sua criação, a Instituição FEBEM-SP sofreu pouca modificação em seu interior e na forma de tratamento aos internos que dela fazem parte, tornando-se um dispositivo cristalizado e arcaico.

Em instituições do tipo total, o fato de os sujeitos encontrarem-se todos sob uma única e mesma autoridade, quer seja um juiz, diretor ou educador, merece ser destacado. Quando a instituição trabalha com sujeitos em conflito com a lei, a figura da autoridade tem um significado específico como representante da lei: encarnará a representação do Nome-do-Pai.

Essa figura ocupa um lugar que é simbólico. Ela intermediará o sujeito com seu laço social. Essa autoridade

será aquela que demarcará os limites da castração. Nem sempre essa figura consegue instituir a castração, pois muitas vezes ela mesma não quer se submeter a tal ética.

Esse lugar, ocupado pela autoridade, pode ser configurado como o lugar para a ocasião da transgressão, assim a colocação dos limites novamente fica deslocada. Quanto a autoridade quer ocupar o lugar do 'pai privero', não castrado, os sujeitos a ele submetidos não encontram no Outro a mediação necessária à insígnia da castração. Quanto muitas violações ocorrem dentro das instituições totais, o limite delas é dado pelos sujeitos detidos por meio de rebeliões.”<sup>98</sup>

Sirlei conclui que nesses tipos de instituições o sujeito, aos poucos, passa a vivenciar a vida institucional como única possibilidade de ser, pois a instituição total quer determinar ao sujeito um modo de existir fundada em sua ideologia. A ideologia das instituições totais de caráter prisional é sempre a correção dos sujeitos por meio da perda de sua identidade, e nessa correção não há espaço para o sujeito além de uma moldagem a que se aspira chegar. O ponto de inserção dessa modelagem visa a subjetividade do sujeito recluso. Ao sair em liberdade, para além dos muros da prisão, o sujeito não consegue saber de si, está morto para seu desejo, pois introjetou algo alheio à sua verdadeira subjetividade.

Tais realidades e observações, permeadas com os princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente, devem sempre permear o trabalho mental do juiz quando da aplicação das medidas privativas de liberdade.

Aliás, o próprio STJ já entendeu que a situação da realidade brasileira no tocante aos centros de internação deve sim ser levada em conta na escolha da medida, conforme jurisprudência que abaixo colaciono.

“Na verdade, ainda que a internação possua como objetivo a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, impossibilitando a recuperação de

---

<sup>98</sup>ALVES, Sirlei Fátima Tavares. *Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM Ed., 2005. p. 63.

qualquer infrator. Algumas delas têm sido inclusive focos de rebeliões, com reflexos negativos na opinião pública, que desacredita na instituição, como tem ocorrido com a Febem, onde se encontra o paciente”. (HC 7.447)

E ainda:

“Apesar da finalidade ressocializadora das medidas socioeducativas, não se pode olvidar a realidade brasileira dos centros de recuperação que, como é cediço, não possuem o aparelhamento necessário à recuperação destes menores, servindo, no mais das vezes, para incitar a revolta e a delinqüência, dadas as condições absolutamente desumanas em que esses menores são obrigados a viver quando internados.

Por tais motivos, tem a mesma Corte lembrado que a manutenção de medida privativa de liberdade de forma desnecessária pode causar prejuízos incorrigíveis aos internos”. (HC 10.973)

### **5.3.1. Semiliberdade**

A semiliberdade consiste na medida intermediária entre a internação e o meio aberto. É a modalidade de medida privativa da liberdade com possibilidade de realização de atividades externas.

Suas conseqüências implicam o afastamento do adolescente do convívio familiar e da comunidade de origem, ao restringir sua liberdade, sem, no entanto, privá-lo totalmente de seu direito de ir e vir. As atividades externas, especialmente de escolarização e profissionalização, juntamente com atividades pedagógicas que devem ser promovidas no interior dos semi-internatos, são a garantia do conteúdo pedagógico estratégico que toda medida socioeducativa deve conter.

Desse modo, assim como na medida de internação, a semiliberdade deve manter uma ampla relação com os serviços e programas sociais e/ou formativos no âmbito externo à unidade de moradia.

A medida de semiliberdade não comporta prazo determinado valendo as disposições relativas à internação, do que se extrai como prazo máximo também o prazo de três anos.

Ela é cabível como primeira medida ou como forma de transição para o meio aberto e representa uma alternativa à imposição da medida de internação.

A semiliberdade parece coincidir com o Instituto Penal Agrícola, Industrial ou similar, ou ainda com a Casa do Albergado, que se destinam ao cumprimento de penas privativas de liberdade em regime aberto, conforme dispõem os arts. 33 do CP e 91 e 93 da LEP. O próprio legislador estatutário, no artigo mencionado, referiu-se à semiliberdade como regime.

Sobre sua execução, o Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda estabeleceu nos arts. 1º e 2º da Resolução 47 que:

“Art. 1º O regime de semiliberdade, como medida socioeducativa autônoma, deve ser executado de forma a ocupar o adolescente em atividades educativas, de profissionalização e de lazer, durante o período diurno, sob o rigoroso acompanhamento e controle de equipe multidisciplinar especializada, e encaminhado ao convívio familiar no período noturno, sempre que possível.

Art. 2º. A convivência familiar e comunitária do adolescente sob o regime de semiliberdade deverá ser, igualmente, supervisionada pela mesma equipe multidisciplinar.

Parágrafo único. A equipe multidisciplinar especializada incumbida do atendimento do adolescente na execução da medida de que trata este artigo, deverá encaminhar, semestralmente, relatório circunstanciado e propositivo ao Juiz da Infância e Juventude competente”.

### 5.3.2. Medida de internação

A medida de internação corresponde a mais grave das medidas socioeducativas, pelo grau de interferência na esfera de liberdade individual dos jovens.

Dispõe o art. 121 do ECA:

“A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.”

A medida de internação consiste, desse modo, em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total.

Como decorre da disposição legal estatutária, a medida de internação não poderá exceder a três anos, mas sua imposição é indeterminada, sujeita à periódica reavaliação pelo setor técnico das unidades de privação de liberdade.

A submissão a atendimento do adolescente privado de liberdade apenas no interior da unidade de internamento, sem atividades

externas, supõe que na sentença judicial que determinou o internamento tenha o Juiz prolator da decisão expressamente determinado, de forma justificada e motivada, a impossibilidade de o jovem privado de liberdade exercer estas atividades externas.

A conceituação de atividade externa como toda a ação realizada além dos limites da instituição pelo adolescente internado mediante acompanhamento e vigilância decorre do próprio texto da Lei 8.069/90, na medida em que cumpre que se estabeleça uma distinção das ações realizadas em semiliberdade.

Enquanto nas atividades externas permitidas ao adolescente internado suas ações são monitoradas, acompanhadas, sujeitas à vigilância, em se tratando de adolescente em semiliberdade, estas mesmas atividades externas serão realizadas sem monitoramento ou vigilância, porém sujeitas a um programa previamente estabelecido, onde serão fixados horários e metas a serem alcançadas.

A internação deverá ser revista em no máximo a cada seis meses. Se a sentença, entretanto, fixar o período de internação (por exemplo em um ano), este passará a ser o teto máximo de privação de liberdade (não o mínimo), sob pena de ofensa à coisa julgada.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

“O alegado constrangimento advém do fato de ter sido denegada medida liminar no *mandamus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a imediata soltura da paciente, porque já cumprida a medida internativa, pelo prazo de seis meses, que lhe fora imposta pelo Juiz da Infância e Juventude, mediante sentença transitada em julgado. Evidente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, visto que a segregação da menor, por tempo superior ao previsto na sentença, representa irreparável dano ao seu direito de locomoção e de convívio normal com seus familiares, não havendo, por outro lado, como ser denegada a ordem, ao final, visto não poder o Tribunal de Justiça afastar o império da coisa julgada, ainda que a internação no caso sob exame devesse, ser por tempo indeterminado, desde que não superior a três anos, e apenas as avaliações serem semestrais. Fixado, contudo, na sentença transitada em julgado que a internação se daria por seis meses – tempo determinado, portanto, sem recurso

do Ministério Público, não há como exigir que se prive a paciente de sua liberdade após o decurso de tal tempo”.

De qualquer forma, deverá ser revisto em no máximo a cada seis meses desde o início do cumprimento, computando-se aí o tempo de internação provisória (uma forma de detração).

A este respeito, aliás, o STJ foi taxativo: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para assegurar ao paciente o direito de ser reavaliado no máximo em seis meses, a partir da sua internação provisória”.

A fixação de um prazo na sentença estabelece o limite máximo de privação de liberdade (decorrência da coisa julgada). Não significa, porém, que o adolescente não possa ser liberado antes deste limite máximo, se assim o recomendar as avaliações periódicas a que se submete.

Ressalte-se que o STJ já pronunciou entendimento que o prazo de três anos de internação, previsto no art. 121, §3º, do Estatuto, deve ser contado separadamente em cada medida socioeducativa de internação aplicada por fatos distintos. O entendimento adotado no julgado é no sentido de que o entendimento diverso deste levaria a uma situação de se fazer inócua a medida socioeducativa em caso de novo ato infracional, pois já tendo cumprido um período de três anos de internação, novo período não lhe poderia ser imposto.<sup>99</sup>

Outro entendimento seria de que o limite de três anos seria o teto a que pode ser submetido um adolescente em internação e, atingido este teto, independentemente da prática de outro ato infracional, deveria ser ou liberado ou colocado em semiliberdade. No entender de João Batista Costa Saraiva este não se afigura o melhor entendimento, pois resultaria em oportunizar ao adolescente um salvo-conduto que por certo não se coaduna a qualquer proposta pedagógica. Neste caso, se viesse a

---

<sup>99</sup>Recurso Ordinário em HC 12.187 – RS (2001/0176510-1). Rel. Ministro Félix Fischer, DJ 04.03.2002.

cometer o adolescente um novo ato infracional, no curso da execução da medida socioeducativa de internação (praticasse um homicídio contra um outro interno, por exemplo, se já tivesse cumprido os três anos de internação), teria que ser posto em semiliberdade ou liberado, o que, não se amoldaria, segundo tal autor, com o espírito da Lei, a cujos princípios deve o aplicador levar em conta nos termos do art. 6º do Estatuto.<sup>100</sup>

Propõe, então, que se considere o início do cumprimento da medida socioeducativa de internação como marco inicial para fixação do módulo máximo de três anos. Qualquer novo incidente superveniente ao início de cumprimento desta medida socioeducativa de internação, *vg.* Liberação do adolescente, fuga, ou prática de novo ato infracional, autorizará que, em novo internamento, ou na retomada daquele, torne a ser considerado o prazo máximo de três anos.

Ou seja, se sobrevier a aplicação de uma nova medida socioeducativa privativa de liberdade pela prática de ato infracional anterior ao início de cumprimento da medida socioeducativa de internação, a execução desta nova medida socioeducativa ficará subsumida até o limite do módulo máximo de três anos.

Por fatos anteriores ao início do cumprimento da medida socioeducativa de internação, o limite de privação de liberdade em internação será de três anos.

Se durante o cumprimento da medida socioeducativa de internação ou após este, sobrevier sentença aplicando nova medida socioeducativa de internação por fato praticado após o início de cumprimento daquela, evidentemente o limite temporal a que alude o art. 121 §3º do Estatuto, passará a fluir da data do cumprimento dessa nova medida. Este tema reclama regulamentação legislativa, daí a necessidade de superveniência de uma Lei de Execuções de Medida Socioeducativa.

---

<sup>100</sup>SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*, cit., p. 181.

## CAPÍTULO VI. REMISSÃO

O artigo 126 do ECA prevê o instituto da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo para apuração de ato infracional, em consonância com o item 11.2 das Regras de Beijing, que recomenda se conceder a faculdade à polícia, ao Ministério Público e outros organismos que se ocupem de adolescentes infratores de subtraí-los da jurisdição sem necessidade de procedimentos formais.

A remissão por exclusão do processo ocorre quando o Ministério Público, nas hipóteses em que a infração não tem caráter grave, o adolescente não apresenta antecedentes e quando a família, a escola ou outras instituições de controle social não-institucional já tiverem reagido de forma adequada e construtiva ou tenham condições de fazê-lo no futuro (art. 126 do ECA), deixa de pedir a instauração do procedimento e concede a remissão sem implicação do reconhecimento de responsabilidade por parte do adolescente.

Ressalte-se que a remissão é concedida como perdão puro e simples quando não inclui a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei. Quando o Ministério Público concede a remissão e inclui a aplicação das medidas previstas em lei, com exceção da colocação em regime de semiliberdade e a internação (art. 127 do ECA), a remissão tem natureza de transação. Essa transação, nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete, “sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo”.<sup>101</sup>

A manifestação ministerial deve ser fundamentada e o pedido homologado pela autoridade judiciária (181, *caput* do ECA) que, não

---

<sup>101</sup>MIRABETE, Júlio Fabbrini. Comentário ao artigo 127 do ECA. In: CURY, Munir (Coord.). op. cit., p. 427.

concordando com sua aplicação, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181 § 2º do ECA).

Instaurado o procedimento judicial, a remissão pode ser concedida como forma de suspensão ou de extinção do processo. Nessas hipóteses, a competência para concedê-la, com ou sem aplicação das medidas previstas em lei, é da autoridade judiciária (art. 148, II), ouvindo o representante do Ministério Público (art. 186, § 1º). Pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento antes da sentença (art. 188), mas também exige fundamentação.

Cabe destacar que o adolescente poderá não concordar com a remissão, pois embora esta não implique em reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, nem prevaleça para efeitos de antecedentes, poderá não convir ao jovem, que tem o direito de desejar provar sua inocência em procedimento formal, máxime se a pretensão do Ministério Público for pela remissão com cumulação de medida socioeducativa.

O artigo 128 do ECA, por sua vez, autoriza a revisão judicial da medida aplicada por força da remissão a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Descumprida a medida composta em sede de remissão, se houver sido esta suspensiva do processo, passível a retomada deste até a imposição de sanção. Se a opção houver sido pela remissão supressiva do processo não haverá possibilidade de esta vir a ser revestida em privação de liberdade com fundamento no artigo 122, inciso III, já que aplicada sem o devido processo legal.

## CAPÍTULO VII. PRESCRIÇÃO

A prescrição no Direito Penal consiste na perda do direito estatal de punir (*ius puniendi*) ou de executar a pena (*ius punitiois*) pela inércia do Estado em dado espaço de tempo, sem que verificadas causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do lapso prescricional. Como consequência, importa na extinção da punibilidade, por força do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

As teorias que fundamentam tal instituto são inúmeras. Segundo a teoria do esquecimento, uma punição intempestiva a certa conduta, cujo dado já foi esquecido pela sociedade, contraria a finalidade preventiva geral da retribuição estatal. Há, ainda, corrente que leva em conta o desaparecimento de provas do ato e da autoria pela ação do tempo, a tornar temerária eventual condenação. Finalmente, a teoria da utilidade social, conforme a qual a lei deverá impedir uma resposta estatal de cunho punitivo, mas também pedagógico, quando o protagonista do desvalor comprovou, com sua conduta, a readaptação ao convívio social.<sup>102</sup>

Em que pese a importância do instituto, vemos que o legislador da Lei 8.069/90 não previu expressamente a prescrição ao disciplinar sobre a aplicação das medidas socioeducativas a adolescentes autores de atos infracionais. E a lacuna tem gerado polêmica tanto na doutrina como na jurisprudência.

Pergunta-se então: o poder-dever do Estado de aplicação das medidas socioeducativas é perpétuo? E quais seriam os limites para a imposição das medidas socioeducativas levando-se em conta a ação do tempo?

---

<sup>102</sup>MICHELMAN, Marina de Aguiar. Da impossibilidade de se aplicar ou executar medidas sócio-educativas em virtude da ação do tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n. 27, p. 211, jul./set. 1999.

Há quem entenda que é inaplicável o instituto da prescrição porque o regramento penal atinente à prescrição tem natureza de direito material, não-aplicável ao ECA, que no artigo 152 permite tão-somente a aplicação subsidiária de normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Nesse sentido, a jurisprudência que abaixo colaciono:

“Preliminar de prescrição em concreto da medida aplicada na sentença. Inaplicabilidade dos critérios relativos à prescrição contidos no Código Penal. Inexistência de sanção. Negativa de autoria. Quando o partícipe confessa a autoria, merece crédito sua afirmação de que terceiro concorreu para a prática do ato infracional. Apelos desprovidos. Decisão unânime.” (AC 595092123, TJRS, 7ª C Civil. Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes, v.u. 23.09.1995).

Outros sustentam que a orientação da doutrina especializada (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, 3ª ed., pág. 177 – Ed. Renovar; Mirabete- Manual de Direito Penal 1/415, 4ª ed e outros) é no sentido de que as normas de prescrição, como normas gerais que são, aplicam-se aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

E outros ainda entendem que a aplicação subsidiária das normas previstas na legislação processual, conforme determina o artigo 152 da Lei 8069/90 autorizaria a extinção da punibilidade pela prescrição, já que o artigo 61 do CPP remete ao artigo 107 do CPP<sup>103</sup>, ou que o artigo 226 da Lei 8.069/90, ao determinar que se aplicam aos crimes definidos no ECA as normas da Parte Geral do Código Penal, autorizaria o reconhecimento da prescrição no Direito Penal Juvenil.

Nesse sentido, as jurisprudências que seguem:

---

<sup>103</sup>VIANNA, Guaraci de Campos. Prescrição infracional ou ineficácia pedagógica: reflexões sobre a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa em decorrência da ação do tempo. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 06 mar. 2008. p. 1-8.

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. Medidas socioeducativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 01 (um) ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e da publicação do *decisum* condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito.” (TJSC, Ap. Crim. N. 30.496, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Alberto Costa, j. em 27.08.96).

“Mas, com a devida vênua, se os adolescentes respondem por atos infracionais, vez que estão sujeitos às regulações contidas no ECA, submetendo-se à medidas socioeducativas, dentre elas restritivas de direitos e até privativas de liberdade, é claro que têm direito subjetivo à prescrição, assim como os imputáveis.

Segundo interpretação jurisprudencial do art. 226 da lei 8.069/90 ‘aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade do Código Penal, como as causas que a extinguem’”. (TJSC, Ap. Crim. 30.422, de Tubarão, rel. Des. Márcio Batista, j. em 13/12/93).

O STJ, por sua vez, em reiteradas decisões, já entendeu que a pretensão socioeducativa também se sujeita a extinguir-se em decorrência do advento da prescrição:

No Resp 241.477, o Ministro Félix Fisher, em decisão de 08 de junho de 2000, junto a 5ª Turma daquela Corte Superior deliberou que:

“A medida socioeducativa, pois, também é punitiva. Mesmo a pena por crime, é sabido e proclamado na lei de execução penal, tem seu lado sócio-educativo: pune-se e tenta-se com a punição reeducar (...). Importante salientar as conseqüências jurídicas do caso sob análise, se a infração fosse aplicada por adulto imputável menor de vinte e um anos (...) já estaria de longe prescrita a pretensão punitiva do Estado. Destarte, não aplicar o instituto da prescrição aos atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que é de todo irrazoável”

Em outro voto, o Ministro Gil Dipp, da mesma 5ª Turma do STJ, assim se manifestou:

“(....) as medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, por motivo tão, ou mais, relevante que aquele pertinente as sanções penais aplicáveis aos imputáveis, é de ser observado, em sede de menores, o instituto da prescrição. A diversidade de objetivos entre penas e medidas socioeducativas não afasta as conseqüências reais e inevitáveis produzidas pelo tempo.” (Resp 283181/SC de 02/09/2002)

Vê-se que o fundamento principal dos Ministros do STJ para reconhecer a prescrição no que tange a aplicação e execução das medidas socioeducativas é a impossibilidade de criar situações mais severas e duradouras aos adolescentes do que seriam impostas aos imputáveis em idênticas situações.

Com efeito, evidente que o direito penal juvenil não pode ser mais severo que o direito penal, ou ainda que a Justiça da Infância e Juventude não pode ser mais seletiva e estigmatizante que o sistema criminal, proibição esta se constitui num dos principais vetores da doutrina da proteção integral.

Ocorre que, tal raciocínio, implica necessariamente na análise da medida socioeducativa como se pena criminal fosse, sem a observância das peculiaridades desta no Sistema Penal Juvenil, ainda que reconhecida sua natureza retributiva e preventiva, tais quais as penas.

Retorna-se, assim, à crítica feita por mim no tópico relacionado ao critério de aplicação das medidas, tendo como balizador o sistema de aplicação de pena constante do Código Penal.

Se as circunstâncias judiciais de aplicação das medidas socioeducativas são outras, impossível a adoção dos mesmos parâmetros do Código Penal para o reconhecimento da prescrição das medidas socioeducativas. Ou seja, se no âmbito socioeducativo se escolhe a medida principalmente no aspecto qualitativo e não quantitativo e de acordo com a necessidade pedagógica do adolescente e sua capacidade de cumprimento, como fixar um prazo analógico ao previsto no Direito Penal, para a perda do Direito do Estado de punir e executar a medida? Não se

estaria tratando os desiguais como iguais, violando o princípio da isonomia constitucional?

Vejo assim, que embora vedado tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, tal fato simplesmente não pode servir de fundamento para o reconhecimento da prescrição com base no sistema penal. É imprescindível o estabelecimento de uma diferenciação, que, aliás, por força do princípio da peculiar condição do adolescente, deve ser positiva. Mesmo porque o sistema de justiça da Infância e Juventude deve se caracterizar por uma celeridade ímpar (até maior que o direito penal) e pronta prestação jurisdicional como condições necessárias para que a intervenção socioeducativa tenha eficácia. Mesmo porque a medida somente apresentará eficácia pedagógica se possuir um vínculo de ligação no tempo e espaço com o ato praticado, de modo a funcionar como instrumento de socialização efetiva e não de mera retribuição.

Assim, como resolver o impasse? Se inviável o reconhecimento da prescrição nos moldes preconizados pelo Código Penal, como impedir o perpetuamento do direito do Estado por ausência de regramento no ECA de tal instituto, atendendo assim os fins e princípios especiais atinentes ao Sistema Penal Juvenil?

A solução seria o reconhecimento da ausência de interesse de agir do Estado pela inutilidade e desnecessidade pedagógica da medida que seria imposta ao adolescente, ao se constatar que este está estudando, trabalhando regularmente, integrado à família e vivendo longe da marginalidade, fatos que seriam constatados através de novo estudo social, imprescindível em razão do tempo decorrido entre o fato e a sentença ou entre a sentença e o início da execução.

Tal solução, aliás, foi por mim aplicada em inúmeros casos quando da atuação em Vara de Infância e Juventude nas comarcas do Estado de São Paulo, onde por absoluta falta de interesse processual extinguiu os processos sem julgamento do mérito, na forma do art. 267,

VI, do CPC, aplicável na espécie por força da norma de extensão contida no art. 152 da Lei 8.069/90.

Assim, a personalidade do infrator na época da aplicação da medida e não na época do fato é que deve ser a protagonista da justiça infracional, devendo-se analisar a necessidade pedagógica ou não, em uma constatação concreta, caso a caso.

Continuar ou iniciar com um processo já sabendo que será inútil porque se constatou a ineficácia pedagógica da medida que seria imposta atenta contra os mais altos postulados da economia processual.

Os reflexos psicológicos de uma medida imposta desnecessariamente são notados a olhos vistos. Pode gerar reincidência, descontentamento, revolta, etc. Assim, por todos os aspectos, mostra-se ineficaz a imposição de medida quando esta é desnecessária.

De qualquer forma, insta reconhecer que tal solução implica em proporcionar uma discricionariedade excessiva ao magistrado, a qual deve ser coibida. No entanto, mister se faz sanar a omissão legislativa de forma coerente com os princípios do ECA e não simplesmente adotá-lo como parâmetro para tanto.

## CONCLUSÃO

1. A sociedade capitalista contemporânea exige que o Estado dê respostas condizentes com a nova formatação do Estado de Direito (Mínimo) assentadas em princípios universais da democracia, dos direitos humanos, da acumulação flexível do capital, da descentralização administrativa, da parceria sociedade e Estado e da participação do terceiro setor na resolutividade das questões sociais e outros. Nesse contexto emerge a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança no âmbito internacional e mais tarde o ECA no Brasil.

2. O ECA foi a primeira lei brasileira e latino-americana que instituiu mudanças jurídicas descontínuas e significativas em relação ao Código de Menores, transformando o paradigma da situação irregular em proteção integral.

3. O Estatuto superou o arbítrio do Juiz de Menores na medida em que assegurou juridicamente as garantias constitucionais (art. 110 e 111 do ECA) com a regulamentação do contraditório para o direito infanto-juvenil. O marco dessa legislação é a conquista da categoria jurídica “sujeito de direitos” em que crianças e adolescentes passam a ter “direitos” e “deveres”. Além da centralidade da categoria jurídica, atribuiu-se à criança e ao adolescente o direito ao desenvolvimento integral relacionado a suas necessidades fundamentais como: a vida, a saúde, a liberdade, o respeito, a dignidade, a vida familiar e comunitária, a educação, a cultura, o esporte, o lazer, a profissionalização e a proteção ao trabalho (Título II, capítulos I a V) e os direitos individuais (art. 106 a 109). Nesse sentido, o desenvolvimento integral passa pelo respeito à sua condição peculiar de desenvolvimento biológico, social, cultural, educacional e moral, independentemente de sexo, raça e condição social.

4. Esse paradigma dá às crianças e aos adolescentes a condição formal de “cidadania”. Assim, esses segmentos adquiriram o

direito de serem beneficiados com garantias, tais como, a de que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 110); tem direito ao pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional; igualdade na relação processual.

5. A Constituição de 1988 e o ECA, ao preverem a inimputabilidade penal aos 18 anos completos, não excluíram, porém, a responsabilização dos adolescentes pela prática de ato infracional, estabelecendo-se uma imputabilidade infracional.

6. Enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina dos direitos humanos, o direito penal juvenil é subsistema de garantias e direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico quando as políticas sociais básicas foram insuficientes. Trata-se, aqui, da subsidiariedade do direito penal juvenil em relação ao direito da criança e do adolescente.

7. A imputabilidade infracional, que começa aos doze anos, se sujeita a uma finalidade retributiva (pois impõe ao adolescente a privação de um bem jurídico), preventiva (porque visa evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos pelo exemplo, seja privando da liberdade o autor obstando a reincidência) e reeducativa – aqui o principal aspecto diferenciador das penas criminais, pois interferem no processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.

8. As particularidades da imputabilidade infracional, entretanto, não retiram do Sistema Penal Juvenil as garantias e princípios atinentes ao Direito Penal dos adultos. Pelo contrário, tal principiologia é plenamente aplicada no sistema socioeducativo, que a incorpora, além dos princípios próprios do Direito Penal Juvenil, tais quais o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, do melhor interesse do adolescente e da excepcionalidade e brevidade da medida de internação.

9. O não-reconhecimento, porém, de um Direito Penal Juvenil por doutrinadores e aplicadores do direito inviabiliza o acesso e permanência dos adolescentes no sistema de garantia de direitos, a materialização das políticas públicas e sua operacionalização.

10. A cultura menorista de imposição de medidas em prol do interesse do menor gera a aplicação das medidas socioeducativas dirigida por parâmetros legais de aceção larga e conteúdo técnico pouco definido, ao sabor da convicção pessoal do magistrado, sua peculiar leitura da lei e compreensão do tema, favorecendo a incômoda convivência de prestações jurisdicionais completamente distintas em face de situações de fato essencialmente assemelhadas.

11. O reconhecimento da aplicação das medidas socioeducativas segundo apenas critérios da gravidade do fato e da periculosidade do infrator, deixa bem claro que, embora a lei deseje respostas, sobretudo, pedagógicas, elas ainda se tratam de uma utopia. Não dispomos de estratégias pedagógicas realmente eficazes, que se desenvolvam em condições adequadas.

12. Estabeleceu-se, ainda, uma falsa idéia de que a aquisição de direitos por parte de crianças e adolescentes era desprovida de deveres correspondentes. Os direitos foram extremamente difundidos na mídia em detrimento dos deveres, chegando a ponto de não se identificar o sistema de direitos/garantias na equivalência de direitos e de deveres, mas, sim, como privilégios.

13. Tal visão contribuiu então para a construção de uma mentalidade social que vê o sistema atual de garantias processuais como “privilégio” dos adolescentes, no sentido de não serem responsabilizados criminalmente, ou seja, punidos.

14. E o sentimento social de impunidade só traz prejuízos aos adolescentes, primeiro porque a sociedade passa a clamar pelo rebaixamento da menoridade penal, como se não houvesse a responsabilização penal, segundo, porque disfarça a severidade das

medidas socioeducativas e dos procedimentos jurídicos do sistema de administração da justiça juvenil.

15. Apesar de adolescentes e crianças viverem uma história em que são violentados, são as violências produzidas por eles que ganham visibilidade na sociedade.

16. O grande avanço será admitir explicitamente a existência da responsabilidade penal juvenil, como categoria jurídica, enfatizando o aspecto pedagógico da resposta como prioritário e dominante.

17. O desafio é reconhecer a natureza penal das medidas e a finalidade pedagógica precípua destas, incorporando tanto as garantias penais ao Sistema Penal Juvenil como reconhecendo suas especificidades e peculiaridades, evitando um sistema de resposta mais gravoso ao adolescente do que ao adulto.

18. Há necessidade de reforçar o sistema de garantias e tratar, por exemplo, da prescrição e de regras de execução das medidas socioeducativas. É urgente a plena efetivação de programas de medida socioeducativa em meio aberto. É urgente uma mudança de mentalidade dos magistrados brasileiros.

19. O desafio, portanto, é a construção desse novo Sistema Penal Juvenil com o reconhecimento e identificação de suas especificidades, características e princípios, rompendo-se com concepções antiquadas e preconceitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sirlei Fátima Tavares. *Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM Ed., 2005.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Ed, 2006.

BRANCHER, Leoberto. Idade penal: melhor ampliar que reduzir. *Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://jij.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_; Beatriz Aginsky. A justiça em conexão com a vida: transformando a justiça penal juvenil pela ética da justiça restaurativa. *Revista do Juizado da Infância e Juventude*, Porto Alegre ano 2, n. 3/4, jul./nov. 2004.

CABRAL, Karina Melissa Cabral. As medidas socioeducativas do ECA: uma complexa realidade. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, ano 18, n. 202, p. 9-14, jun. 2006.

CAMARGO SOBRINHO, Mario de. Algumas considerações sobre o adolescente infrator face à legislação nacional e alienígena. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, maio 2000.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ed, 2003.

CASTRO, Ana Márcia de Souza. Alternativas ao jovem infrator. *Revista do ILANUD*, n. 12.

CASTRO, João César Barbieri Bedran de. Impossibilidade de se aplicar medidas sócio-educativas a adolescentes doentes e deficientes mentais que infracionam. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 14 n. 17, abr. 2007.

CONHECER – dicionário enciclopédico. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1967. v. 7.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2002.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

FRASSETO, Flavio Américo. Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 177-202, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 159-195, abr./jun. 1999.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2005.

GOMES NETO, Gersino Gerson. Adolescente autor de ato infracional frente aos princípios garantistas do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Ciência Jurídica ad literis et verbis*, ano 13, v. 88, jul./ago. 1999.

JESUS, Mauricio Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. 1. ed. Campinas, SP: Servanda Ed, 2006.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. 1. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2005.

LAGRASTA NETO, Caetano. Marginalidade do menor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, v. 535, maio 1980.

LEAL, César Barros; JUNIOR, Heitor Piedade. *Idade da responsabilidade penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey Ed, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2006.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. Comentários ao artigo 114 do ECA. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. 1. ed. Barueri, SP: Manole Ed, 2003.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Ato infracional, medidas socioeducativas e o papel do sistema de justiça na disciplina escolar. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

MARQUES. João Benedito de Azevedo. Ressocialização de menores infratores em regime aberto. *Justitia*, São Paulo, ano 38, v. 92, 1976.

MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano. *Ministério Público. Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Das necessidades aos direitos. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994. (Serie direitos da criança, 4).

\_\_\_\_\_. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec; IAS, 1998.

MICHELMAN, Marina de Aguiar. Da impossibilidade de se aplicar ou executar medidas sócio-educativas em virtude da ação do tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n. 27, p. 211-216, jul./set. 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Comentário ao artigo 127 do ECA. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

MÜLLER, Elaine. As palavras nunca voltam vazias: reflexões sobre classificações etárias. *Jovens & Juventude*. João Pessoa, PB: Universitária Ed. PPGS/UFPB, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Saraiva: São Paulo: 1991.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os filhos do mundo: a face oculta da menoridade*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM Ed, 2001.

RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais. *IBCCIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 06 nov. 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 15-28, jan./fev. 2006.

\_\_\_\_\_. Ato infracional, remissão, advogado e garantismo. *Revista do Juizado da Infância e Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 2, 2004.

SÁ, Sidnei Boccia Pinto de Oliveira. *Gênese penal das medidas sócio-educativas*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2005.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2006.

\_\_\_\_\_. A redução da idade penal, de novo... *Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://jjj.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o instituto da remissão e o estatuto da criança e do adolescente. *Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://jjj.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre a redução da idade penal. *Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://jjj.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral. O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas. *Ministério Público. Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude conteúdo da norma interna. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Maria Liduina de Oliveira. *O controle sócio penal dos adolescentes com processos judiciais em São Paulo: entre a “proteção” e a “punição”*. 2005. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ed, 2006.

\_\_\_\_\_. Gato por lebre: a ideologia correcional no ECA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, p. 135-136, jan./fev. 2006.

TRINDADE, Jorge. *Delinqüência juvenil: compêndio transdisciplinar*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed, 2002.

VELASQUEZ, Miguel Granato. Hecatombe X Eca. *Ministério Público. Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em 05 nov. 2007.

VIANNA, Guaraci de Campos. Prescrição infracional ou ineficácia pedagógica: reflexões sobre a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa em decorrência da ação do tempo. *Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. Medidas sócio-educativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 27, p. 191-208, jan./mar. 2002.