

1. Introdução

Ao tempo em que vivemos uma sociedade profundamente desigual, nossa cultura é de traço punitivista, pois o clamor público pela punição ganha muito mais espaço e ênfase, nublando ou de alguma forma afastando do debate a centralidade das políticas públicas, como deveria ser.

Em matéria de atribuição da responsabilidade aos adolescentes, menores de idade, pela prática de infrações penais no Brasil, o sistema está regulado pela Lei Federal 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e mais recentemente foi acrescido pela lei 12.594/ 2012. As novas recomendações normativas indicam a necessidade de um verdadeiro processo de reformulação, discussão, e elaboração propriamente dita das políticas judiciais e de execução das medidas judiciais impostas, denominadas de medidas socioeducativas. Neste contexto, comumente se escuta que é preciso afastar o direito penal juvenil.

O temor de que chamar de direito penal a intervenção socioeducativa possa piorar o atendimento e com isso afastar a essência da medida, a sua face pedagógica e o seu componente que deve ser estrategicamente educativo está no centro deste debate, que é evidentemente, um debate vivo e não puramente acadêmico. Não se trata de uma disputa de saberes, não estamos diante de uma questão meramente teórica, pois suas implicações práticas são de grande relevância. E vale dizer que no coração das discussões em torno da redução da idade penal, esta questão também se apresenta.

Afasta-se também com isso a discussão em torno das causas que geram e retroalimentam a violência e portanto perde-se uma grande oportunidade de mensurar criticamente as políticas públicas de prevenção do delito na adolescência. Para a questão do adolescente em conflito com a lei ou da *delinquência juvenil*, cabe indagar: o que direito penal juvenil nos oferece?

Em primeiro lugar é fundamental entender o que se denomina por direito penal juvenil. Muitos autores, sobretudo estrangeiros, já se debruçaram sobre esta conceituação, compreendendo-o como um direito penal especial. Trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva¹ em

¹ Como se sabe, a teoria da prevenção especial se ancora numa concepção de pena contrária àquela da teoria

seu aspecto educativo (HIGUERA GUIMERA, 2003).

A primeira destas regras se refere ao critério de legalidade para a imposição da medida, que como tal, a condiciona a um princípio de excepcionalidade, no caso da internação (privação de liberdade), de brevidade, de respeito à condição de pessoa em desenvolvimento e de proporcionalidade

A regra que deriva da combinação do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira e do artigo 26 do Código Penal brasileiro está claramente amparada no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente que define o ato infracional e, portanto, insere a intervenção do direito no marco do princípio da legalidade e de todas as garantias jurídico-processuais daí decorrentes.

Basta identificar que no Estatuto da Criança e do Adolescente, há um capítulo inteiro dedicado às garantias processuais, o Capítulo III do Título III que corresponde à prática de ato infracional. Tem início justamente com a obrigatoriedade da observância do devido processo conforme dispõe o artigo 110 da Lei: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.”

Sabe-se que o devido processo legal impõe a observância de diversas garantias, que, transportadas ao Direito Penal Juvenil², podem ser sintetizadas pela letra do artigo 111 do

absoluta retributiva, cujo principal porta-voz foi Franz Von Liszt. Para ele, a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade contra os delinquentes, através do encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-o da reincidência através de sua correção. Evidentemente que o chamado Programa de Marburgo (1882), de Von Liszt, se aperfeiçoou ao longo dos anos, até alcançar na atualidade uma expressão mais vinculada à ressocialização e à ideia de que se deve levar em conta as consequências que da pena se possam esperar para a vida futura do autor em sociedade. Mais recentemente, desenvolveu-se ainda uma compreensão de que se deve buscar ajudar ao autor, não expulsá-lo nem marcá-lo, mas sim integrá-lo, como exigência do próprio Estado Democrático e Social de Direito (ROXIN, Claus. Derecho penal – Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. p. 85).

² Dois artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente versam sobre o procedimento constitucional do devido processo legal. São eles: “Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo desde logo sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no artigo 108 e parágrafo. § 1º - O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado. § 2º - Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. § 3º - Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação. § 4º - Estando o adolescente internado, será requisitada sua apresentação sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável” (artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente “Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. § 1º - Se a autoridade judiciária entender

Estatuto:

São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I) Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional; II) Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III) Defesa Técnica por advogado; III) Assistência judiciária gratuita e integral, aos necessitados, na forma da lei; IV) Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; V) Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Para o adolescente, portanto, valem os mesmos direitos e garantias processuais dos adultos acusados ou condenados, conforme o estágio do processo, especialmente porque a garantia do devido processo legal tem o condão de resumir ou sintetizar todas as prerrogativas processuais decorrentes da ordem constitucional.

É de se ver que em termos de consequências jurídicas, derivadas ou efeitos que derivam da aplicação desse direito, as sanções ou medidas se distinguem das penas criminais comuns em razão do destinatário da norma. Enquanto as condutas sancionadas são as mesmas, o que significa que todos os crimes para os adultos também estão tipificados para os adolescentes, no Direito brasileiro, as consequências impostas se distinguem, como também se distinguem as regras ou princípios que orientam a aplicação de tais medidas. Assim, o direito penal juvenil, ou o direito penal de adolescentes assemelha-se ao direito penal de adultos, logo sendo possível traçar um paralelismo entre ambos. Mas com ele não se confunde, uma vez que seu destinatário é outro, é o adolescente.

A medida socioeducativa, embora sancionatória, com conteúdo de retribuição e de reprovação penal, tem uma essência eminentemente educativa em adequação ao estágio de desenvolvimento de seu destinatário. Mais que isso, a condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes e jovens abrangidos neste sistema, exige que um genuíno olhar de política criminal seja continuamente favorecido, para fazer sobressair a dimensão preventiva e educativa do próprio sistema.

adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão. § 2º - Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. § 3º - O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas. § 4º - Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão” (artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Há várias outras passagens no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente que mostram que a gravidade do ato infracional demarca e deve demarcar o tipo de resposta que vai ser adotada. No que diz respeito ao direito ao pleno conhecimento da atribuição de ato infracional, o primeiro desdobramento concreto refere-se à garantia de citação, expressa no artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV da Constituição e também prevista no artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o legislador estatutário utilizou a expressão “notificação”, mas devemos ler citação. A igualdade da relação processual consubstancia-se em iguais possibilidades entre as partes (igualdade de armas). Aqui, o dispositivo constitucional decorrente dos princípios do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, LV da Constituição, adquiriu também uma delimitação na norma infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem deixar de contar com a interpretação complementar do previsto no item 7.1. das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing):

Em todas as etapas do processo serão respeitadas as garantias processuais básicas, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de permanecer calado, o direito à assistência, o direito à presença dos pais ou responsáveis, o direito a confrontar-se com testemunhas e provas e o direito a recorrer a instâncias superiores.

A defesa técnica por advogado representa outra garantia de especial importância para a igualdade da relação processual e diferenciação do Sistema Juvenil. O artigo 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim estabelece:

Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor. § 1º - Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência. § 2º - A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato. § 3º - Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sendo constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

Apesar de uma aparente contradição com o artigo 186, § 2º que indica a nomeação de advogado ou defensor em se tratando de fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, temos que a regra é sempre a presença do defensor independentemente da natureza e da gravidade do ato. O artigo 186 talvez revele uma herança do sistema tutelar, que o legislador deixou passar despercebida. É importante frisar que as garantias elencadas no artigo 111 são apenas exemplificativas, não se constituindo em *numerus clausus*. Destaquem-se os mandamentos constitucionais relativos ao

princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LII), a garantia de respeito à integridade física e moral dos que se encontram privados de liberdade (artigo 5º, XLIX), a garantia ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII), a obrigatoriedade de relaxamento de prisão ilegal (artigo 5º, LXV) entre outros, que se aplicam aos adolescentes em sede de conhecimento da autoria de ato infracional ou de execução de medida socioeducativa. A garantia a um julgamento justo e igualitário também corresponde a uma das recomendações das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) em seu dispositivo 14.1:

Todo o menor delinquente cujo caso não seja objeto de remissão (segundo a regra 11) será apresentado à autoridade competente (Juizados, Tribunais, Cortes, Juntas, Conselhos, etc.) que decidirá de acordo com os princípios de um Juízo imparcial e equitativo.

2. Garantias processuais especiais

Todas estas considerações iniciais corroboram a identificação de que o poder punitivo, *ius puniendi* sobre adolescentes, encontra os mesmos limites que encontraria no Direito Penal tradicional, reforçando que, embora especial, o Direito Penal Juvenil está limitado pelas mesmas regras processuais penais. Neste sentido estabelece o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”

Tomando as lições dos mais importantes penalistas da atualidade, dentre eles, o alemão Claus Roxin, somos levados a refletir que o que diferencia o Direito Penal Juvenil do Direito Penal tradicional de adultos não são as normas que o constituem mas o tipo de sujeito ao qual se destina³. Isto se evidencia não só na leitura da Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro, que reconhece razões de política criminal para a adoção de um sistema de justiça diferenciado para os menores de dezoito anos, mas sobretudo na leitura atenta dos dispositivos constitucionais que abordam o tema e do próprio texto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta direção, podemos identificar com facilidade princípios que condicionam a intervenção do Estado em razão do estágio de desenvolvimento dos

³ ROXIN, C. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito. Civitas Ediciones. Madrid. 1997, pág.43.

adolescentes, que, vale dizer, são considerados sujeitos de direitos e titulares de uma capacidade progressiva para exercê-los. Desta concepção, emergem os Princípios do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento e do Melhor Interesse do Adolescente.

O Princípio do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento reconhece crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e está descrito no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, 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 tremendamente importante na medida em que supera a categoria da menoridade, e, por conseguinte, a desqualificação de crianças e adolescentes como seres inferiores. O conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de toda a pessoa humana, decorrente de sua dignidade. E a dignidade por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres. Este reconhecimento na normativa da criança e do adolescente reforça que toda a pessoa, enquanto viva, está em permanente desenvolvimento de sua personalidade, porém na infância e na adolescência, tal desenvolvimento é mais intenso, e, portanto peculiar. O estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade. Aqui merecem menção as lições de Bustos Ramírez sobre a necessidade de reconhecer que níveis de responsabilidade distintos implicam em exigibilidade diferenciada, que em última instância é decorrente de uma opção de política criminal. Esta opção, desde o legislador penal de 1984, reforçada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, e também retomada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a ser definida à luz do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que afasta de modo incisivo qualquer ideia de imperfeição ou inferioridade. Para as crianças, pessoas até doze anos incompletos, o nível de desenvolvimento não permite uma responsabilização⁴. Ou seja, o cometimento de uma infração penal não gera a imposição de nenhuma medida coercitiva propriamente dita, e sim

⁴ Essa regra tem correspondência em recomendações dos instrumentos internacionais, por exemplo o item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, que 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”.

de medidas protetivas que são previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e exigíveis por qualquer cidadão (por meio do direito constitucional de petição), pelo Conselho Tutelar e autoridade judiciária, conforme dispõe o artigo 105 do ECA: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no artigo 101”

As medidas mencionadas no artigo 101 do texto legal são medidas de proteção, exigíveis sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados: por “ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão da conduta da criança ou do adolescente⁵.”

Em se tratando de uma conduta anti-social praticada por uma criança ou adolescente, a imposição de uma medida protetiva parece adquirir conotações pré-delituais, haja vista que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha abandonado por completo a relação casuística da Doutrina da Situação Irregular, sua justificativa assenta-se na constatação de uma situação de risco pessoal ou social da criança ou adolescente. No caso dos adolescentes, a legislação autoriza uma cumulação de medidas socioeducativas com medidas protetivas, quando da comprovação de autoria de ato infracional concomitante à situação de risco social e pessoal. A medida socioeducativa, no entanto, para ser aplicada depende da verificação da prática de ato infracional pelo jovem, conforme elucida o artigo 112 da lei, que já mencionamos. Essa imposição implica uma responsabilização diferente da dos adultos. Significa dizer que a Inimputabilidade e o Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento não têm o condão de fazer desaparecer o poder punitivo do Estado, ou ainda de autorizar uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico de um adolescente, e sim de estabelecer procedimentos e regras diferenciados àquele dos adultos.

Sem dúvida, o conceito de Inimputabilidade mereceria maior reflexão doutrinária, assim como o princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que seguramente evitaria distorções e mitos bastante recorrentes no debate público de que os adolescentes não respondem nem são punidos por seus delitos. Sobre o tema, Alyrio Cavallieri tem sido enfático desde as 395 objeções que apresentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Seus esforços têm se direcionado no sentido de demonstrar que a presunção de inimputabilidade para os adolescentes é decorrência de um parâmetro fundado na idade, e não na capacidade:

⁵ As regras que autorizam a aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente estão Artigo publicado por Alyrio Cavallieri no jornal O Globo, em 13 de março de 2003.

“A capacidade vem depois da idade, sem exceção. É o sistema universal. É lamentável que, em 1940, ao explicar o novo Código Penal, o Ministro Francisco Campos, ou alguém por ele, tenha afirmado que os menores de 18 anos, porque imaturos, ficavam fora da lei criminal. E todos nós, a partir de nossos professores, engolimos e repetimos essa enormidade, a afirmação de que todos os brasileiros abaixo daquela idade eram imaturos (...)”⁶

Desde 1940, nossos professores botaram na nossa cabeça a idéia de imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Campos. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção (...). Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial. Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes.⁷

Outro aspecto que merece ser sublinhado refere-se à proibição de cumprimento de medidas socioeducativas em estabelecimentos destinados aos adultos. A condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes é o princípio que fundamenta essa distinção acerca dos equipamentos adequados para a execução das sanções quando o sancionado é menor de 18 anos. O texto da Constituição Federal Brasileira, especificamente o que está disposto no artigo 5º, inciso XLVIII já indica essa preocupação: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”

A legislação infraconstitucional é minuciosa ao abordar o tema. Assim o artigo 123 dispõe:

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, em seguida, o artigo 185 do Estatuto reforça: “A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

De modo que, não nos reste dúvidas sobre as implicações práticas do princípio da condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes em face do poder punitivo do Estado, é importante recuperar o que prescrevem os documentos internacionais. O artigo 37 da Convenção Internacional indica que a consideração da idade é elemento decisivo na execução das medidas de privação de liberdade, recomendando 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.”

⁶ Artigo publicado por Alyrio Cavallieri no jornal O Globo, em 13 de março de 2003.

⁷ Cavallieri, Alyrio (org.). Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente – 395 Objeções. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 55.

Disposições correspondentes também se fazem presentes do texto das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing⁸Exemplo contundente é o item 26.3:“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.”

Como dito, o segundo princípio especial do Direito Penal Juvenil é o do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, presente na normativa geral da infância e juventude e que no campo da imposição das medidas socioeducativas tem por escopo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum, ou ainda evitar que as finalidades de pura intimidação e retribuição se excedam às necessidades preventivo-educativas. Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem sucedida na medida em que ambos funcionem como limitação à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas da liberdade. Como assinala Miguel Cillero:

A questão das reações ante a delinquência juvenil não é um assunto que se possa resolver exclusivamente a partir da teoria do Direito Penal e seus limites, e sim deve ser abordada numa perspectiva jurídica, social e política ampla (...) A ausência de uma verdadeira política jurídica e social destinada a proteger e favorecer o exercício de direitos das crianças e adolescentes produz uma hipertrofia dos sistemas de controle e reação à delinquência juvenil.⁹

3. O Sistema de Controle especializado da infância e juventude

Dados recentes extraídos do Levantamento Anual do SINASE¹⁰ de 2014 , realizado pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, demonstraram que a medida de internação de adolescentes tem apresentado um crescimento contínuo desde 2010,

⁸ Será utilizada a seguir a denominação Regras de Beijing sempre que se fizer menção a esse documento

⁹ Cillero Bruñol, Miguel. “Los Derechos de los niños y los Limites Del Sistema Penal”. In: Adolescentes y Justicia Penal. Op. cit, p. 25.

¹⁰ BRASIL, Ministério dos direito humano. Secretaria nacional dos direitos da criança e do adolescente. Coordenação geral do sistema nacional de atendimento socioeducativo.Levantamento Anual SINASE 2014. Acesso 25 de maio de 2017. Disponível em :< <http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>

alcançando o pico mais alto em 2014. Não obstante os dados apontarem para uma persistente utilização da medida de privação de liberdade, a percepção social é distorcida, reputando à menoridade dos adolescentes a causa de uma impunidade.

Se a impunidade fosse a regra, não haveriam cerca de vinte e cinco mil adolescentes¹¹ no atendimento socioeducativo, conforme informação atual disponibilizada pelo governo federal brasileiro.

O que se evidencia é que, quanto mais frágeis as políticas sociais e as de proteção, mais inflado será o sistema socioeducativo, permitindo-nos refletir sobre a necessidade de introduzir no sistema de justiça juvenil técnicas de descriminalização, de aplicação do princípio da oportunidade e de reconhecimento do princípio da culpabilidade como determinante da escolha da medida adequada. Finalmente, a aplicação de todas as garantias penais, materiais e processuais. 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.”

A conjugação dessas regras pode ser o antídoto a um sistema que, em nome da proteção, criminaliza e segrega os adolescentes, muitas vezes pela rotulação do desvio de conduta ou por considerar sua personalidade patológica. As Regras de Beijing contêm diversos dispositivos relativos ao princípio do Melhor Interesse do Adolescente como limite na imposição e execução de sanções. O item 17.1, alínea “d”, vincula a autoridade competente à sua observância na medida em que determina que: “O interesse e o bem-estar do jovem será sempre preponderante no exame dos casos.”

O melhor interesse do adolescente pode e deve restringir medidas que interrompam o processo de socialização dos adolescentes. Não são poucas as situações em que o adolescente é internado provisoriamente, quando trabalha e estuda³¹. Sua privação de liberdade, ainda

¹¹ BRASIL, Ministério dos direitos humanos. Secretaria nacional dos direitos da criança e do adolescente. Coordenação geral do sistema nacional de atendimento socioeducativo. Levantamento Anual SINASE 2014. Acesso 25 de maio de 2017. Disponível em :< <http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>

que provisória, prejudica seus estudos e interrompe sua profissionalização. E, o que é pior, na maioria das vezes o adolescente ao final do processo recebe uma medida em meio aberto, já que suas características e condições pessoais assim recomendam. Seu interesse, em situações como esta, foi completamente ignorado em nome da manutenção da ordem pública ou, melhor dizendo, do clamor social pela defesa e segurança pública. O princípio é preponderante e impõe que os operadores do sistema trabalhem sob sua perspectiva e não mais na lógica do castigo.

A observância do princípio do Melhor Interesse do Adolescente reforça que o Sistema de Justiça Juvenil deve operar a partir de uma interpretação sistemática e abrangente do Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de garantir que o Direito Penal Juvenil seja subsidiário às demais disposições da lei e, sobretudo, reduza-se à menor intervenção possível na vida e desenvolvimento do adolescente. De modo análogo, o princípio também interfere na execução das medidas. O Melhor Interesse do Adolescente implica não só o estrito respeito ao princípio da proporcionalidade quando da imposição da medida socioeducativa, como também, e de forma igualmente importante, a percepção das condições objetivas de cumprimento da medida escolhida para o adolescente. O parágrafo 1º do artigo 112 é claro ao estabelecer que a medida aplicada ao adolescente levará em conta sua capacidade de cumpri-la. Outro exemplo é o direito de receber visitas de pais ou responsáveis, que no item 26.5 também das Regras de Beijing funda-se no reconhecimento do interesse e bem-estar do jovem institucionalizado.

Conforme procuramos discutir, as regras que orientam a configuração de um sistema de controle especializado para o trato das infrações cometidas por adolescentes pode configurar um Direito Penal Juvenil Mínimo, de um lado pela observância estrita das garantias processuais penais clássicas e de outro pela construção de princípios específicos na matéria.

A regra do artigo 152 do Estatuto já mencionada, indica por exemplo, a obrigatoriedade de que outras garantias processuais sejam adotadas de forma complementar no momento de apuração da responsabilidade do adolescente e da imposição das medidas, o que faz sobressair o direito penal juvenil no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente e realça que, quando o Estatuto foi silente em termos de regras processuais, outras podem e devem ser acionadas complementarmente. Compreendendo, portanto a medida socioeducativa, qualquer que seja seu regime de execução – meio aberto ou fechado – como uma penalidade, são

assertivas as reflexões de WACQUANT (2001) ao apontar a dimensão paradoxal da penalidade neoliberal que pretende remediar o menos estado econômico e social com o mais estado penal e penitenciário.

Como último recurso de controle social, o Direito Penal só deve intervir quando absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica. O Direito Penal Juvenil também se revela como *Ultima Ratio* no Sistema de Garantias introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Aliás, nesse aspecto repousa a principal polêmica sobre o reconhecimento ou não de um Direito Penal Juvenil no texto estatutário. A nosso ver, é da análise dessa característica que deriva a solução da questão. Os opositores à 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 são de 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. Diz-se 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 e 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 Brasileira 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. 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, não podemos reduzir o Direito da Criança e do Adolescente à disciplina da prática de atos infracionais. Esta, como já afirmamos, é subsidiária à normativa da Criança e do Adolescente¹².

O Direito Penal Juvenil, nesse sentido, situa-se como a *Ultima Ratio* do Sistema de Justiça da

¹² Sobre o tema, ver SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente – dissertação de mestrado, 2003.

Infância e Juventude. Seu caráter fragmentário demonstra-se pela sua incidência 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 é reforçada pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas. As últimas só têm lugar quando as demais falharem em seus objetivos. Amaral e Silva ensina que:

Enquanto falharem as políticas sociais básicas, dificilmente se logrará prevenir a criminalidade. Saúde, educação, profissionalização, esporte, lazer, devem ser valorizados, principalmente a nível comunitário. (...) A formulação de uma política de prevenção está intimamente ligada à proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente. A prevenção deve se realizar em três níveis: Primário, garantindo-se os direitos fundamentais previstos na Lei 8.069/90, a melhoria das políticas básicas e o apoio aos Conselhos da Criança e do Adolescente. Secundário, através dos Conselhos Tutelares, por meio de programas protetivos, preconizados pelo Estatuto (...) Terciário, com medidas socioeducativas, visando à readaptação e à educação do infrator.¹³

MENDEZ (2015) destaca que a questão do adolescente em conflito com a lei tem um efeito contaminante para o conjunto de todas as políticas da infância e da adolescência. E não é outro o cenário do poder legislativo brasileiro que se debruça com muito mais ênfase para a discussão da redução da maioridade penal que as demais propostas legislativas de ampliação dos direitos de crianças e adolescentes. Logo, é a criminalização que se apresenta como remédio ou solução. Esta aposta recorrente na punição é o efeito distorcido da negação ou ocultação do caráter penal do sistema existente.

Isto porque o modelo compreendido no Estatuto da Criança e do Adolescente aparenta ser um modelo misto (SPOSATO, 2013). Embora o Brasil possua um sistema de garantias, decorrente dos reflexos da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, vivemos uma espécie de modelo híbrido com a persistência da lógica tutelar ao lado de um modelo judicial de garantias processuais-penais.

Com efeito, os 27 anos de vigência do ECA não foram suficientes para aclarar a dimensão penal da intervenção que já se encontra contemplada na legislação. A negação da natureza penal das medidas socioeducativas somada à indeterminação do prazo de duração das mesmas

¹³ Amaral e Silva, Antônio Fernando. "A criança e o adolescente em conflito com a Lei." In: Temas de Direito da Criança e do Adolescente. Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina. Associação dos Magistrados Catarinenses, 1998.

definem bem esta convivência distorcida e conflituosa no seio da legislação vigente.

Por último, a recusa da imputabilidade do adolescente é um fator altamente conflitante com o reconhecimento do adolescente como um sujeito de direitos e obrigações e logo passível de ser imputado. Neste sentido, é necessário compreender a imputação de responsabilidade ao adolescente como um processo dinâmico de atribuição de responsabilidade. E trata-se, portanto, de atribuir responsabilidade ao adolescente, conforme sua condição de desenvolvimento, e não como se adulto fosse. Isso implica reconhecer a natureza penal da medida a ser imposta como consequência do delito, em reconhecer que a medida a ser imposta tem que guardar uma relação de correspondência e proporcionalidade com o ato cometido.

Vale lembrar que o ECA define no artigo 103 que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, e essa regra implica reconhecer que o modelo brasileiro adotou uma técnica de tipificação delegada. Ou seja, tudo que é crime para o adulto também é crime para o adolescente, todas as condutas que estão criminalizadas no direito brasileiro para uma pessoa maior de idade também estão para um menor de 18 anos. Logo, nosso modelo de justiça juvenil é um sistema de equivalência ao modelo de justiça penal de adultos. Ademais, a regra do artigo 103 evidencia que os pressupostos da intervenção socioeducativa de um lado e as consequências que decorrem do delito de outro, representam, portanto, os dois extremos que marcam o princípio e o fim de um trajeto que é eminentemente penal (GOMEZ RIVERO, 2001).

4. Considerações Finais

As linhas que traçam o começo e o durante da intervenção socioeducativa são linhas que definem claramente a natureza penal da medida socioeducativa. Assim, a medida socioeducativa representa o exercício do poder coercitivo do Estado, implicando necessariamente em uma limitação ou restrição de direitos e de liberdade do adolescente, portanto de uma perspectiva estrutural, não difere das penas.

Não há, portanto, qualquer qualidade de indiferença penal na intervenção e operacionalização do sistema especializado. Em realidade, quando negamos a natureza penal das medidas socioeducativas favorecemos uma fraude de etiquetas: em nome de educação, compaixão, e

proteção realiza-se o exercício repressivo e imediato da punição e o que é pior de forma maximizada, quase ilimitada.

A ocultação do caráter penal da matéria tem por resultado o afastamento das garantias processuais penais em sua plenitude, possibilitando que por detrás do eufemismo da linguagem se instale um exercício de poder punitivo sobre a categoria dos adolescentes ainda mais agudo que aquele que recai sobre infratores adultos.

É neste campo que se abre outra frente de reflexão inadiável: a da política criminal em matéria de infração juvenil, como talvez a única via capaz de trazer a tona do debate aquilo que lhe é efetivamente central.

REFERÊNCIAS

AMARAL e SILVA, Antônio Fernando. “A criança e o adolescente em conflito com a Lei.” In: **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina. Associação dos Magistrados Catarinenses, 1998.

Cillero Bruñol, Miguel. “Los Derechos de los niños y los Limites Del Sistema Penal”. In: *Adolescentes y Justicia Penal*. 2000

GOMES RIVERO, Ma. Carmen. “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”. IN: *Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal*. Actualidad Penal, Madrid: La Ley, n. 9, 2001.

HIGUERA GUIMERÁ, J. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003.

MENDEZ, Emilio Garcia. “A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada”. IN: *Boletim do IBCCrim* N°. 271, Ano 23 – Junho de 2015/ São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001.

BRASIL, Ministério dos direitos humano. Secretaria nacional dos direitos da criança e do adolescente. Coordenação geral do sistema nacional de atendimento socioeducativo. Levantamento Anual SINASE 2014. Acesso 25 de maio de 2017. Disponível em :< <http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>