

ISSN 1807-0957



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO VIII

N. 22

Periodicidade: semestral

Tiragem: 1.000 exemplares

Impresso em outubro de 2014

Edição Comemorativa à Lei n. 12.594/2012 – SINASE

**Estudos em Homenagem ao Desembargador
Antônio Fernando do Amaral e Silva**

Corregedoria-Geral da Justiça

Porto Alegre, outubro de 2014.

EXPEDIENTE

Coordenação-Geral:

Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude

Organização:

Dr. Leoberto Narciso Brancher

Diagramação, Revisão e Impressão:

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJRS

Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Conselho de Supervisão dos Juizados da Infância e da Juventude (CONSIJ). – Ano 1, n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003-

Semestral.

Edição especial: Ano 6, n. 16 (nov. 2008) : Normativas nacionais e internacionais.

A partir do Ano 8, n. 22 (out. 2014), a revista mudou sua periodicidade de quadrimestral para semestral.

ISSN 1807-0957

1. Menor – Juizado da Infância e Juventude – Periódico I. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. Conselho de Supervisão dos Juizados da Infância e da Juventude (CONSIJ). II. Título: Normativas nacionais e internacionais.

CDU 347.157(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desembargador JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO
Presidente

Desembargador LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI
1º Vice-Presidente

Desembargador MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS
2º Vice-Presidente

Desembargador FRANCISO JOSÉ MOESCH
3º Vice-Presidente

Desembargador TASSO CAUBI SOARES DELABARY
Corregedor-Geral da Justiça

COORDENADORIA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO RS

DR. ALEXANDRE TREGNAGO PANICHI

Juiz-Corregedor Coordenador da Infância e Juventude

MEMBROS EFETIVOS:

DRA. ALESSANDRA COUTO DE OLIVEIRA

Juizado Regional da Infância e Juventude de Pelotas

DRA. ANGELA MARTINI

Juizado Regional da Infância e Juventude de Novo Hamburgo

DR. ANGELO FURIAN PONTES

Projeto Justiça Instantânea

DR. CARLOS FRANCISCO GROSS

1º Juízo da Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre

DR. CHARLES ABADIE VON AMELN

Juizado da Infância e Juventude de Canoas

DRA. CONCEIÇÃO APARECIDA CANHO SAMPAIO GABBARDO

Juizado Regional da Infância e Juventude de Osório

DR. DALMIR FRANKLIN DE OLIVEIRA JÚNIOR

Juizado Regional da Infância e Juventude de Passo Fundo

DRA. DANIELA FERRARI SIGNOR

Juizado Regional da Infância e Juventude de Santa Cruz do Sul

DR. LEOBERTO NARCISO BRANCHER

Juizado Regional da Infância e Juventude de Caxias do Sul

DRA. LIA GEHRKE BRANDÃO

2º Juízo da Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre, em substituição

DR. LUÍS CARLOS ROSA

Juizado Regional da Infância e Juventude de Santo Ângelo

DR. MÁRIO AUGUSTO FIGUEIREDO DE LACERDA GUERREIRO

Juizado Regional da Infância e Juventude de Uruguaiana

DR. RAFAEL PAGNON CUNHA

Juizado Regional da Infância e Juventude de Santa Maria

DRA. TATIANA GISCHKOW GOLBERT

Justiça Juvenil

DRA. VERA LÚCIA DEBONI

3º Juízo da Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre

MEMBROS INDICADOS:

DR. ALAN PEIXOTO DE OLIVEIRA

Comarca de São Luiz Gonzaga

DRA. ANA PAULA BRAGA ALENCASTRO

Comarca de Guaíba

DR. LUIS ANTONIO DE ABREU JOHNSON

Comarca de Lajeado

DR. MARCEL ANDREATA DE MIRANDA

Comarca de Marau

DR. NILTON LUÍS ELSENBRUCH FILOMENA

Comarca de Antônio Prado

DR. TIAGO TWEEDIE LUIZ

Comarca de Agudo

SUMÁRIO

Apresentação.....	09
DOCTRINA	
Nem tanto, nem tão pouco – O que se esperava de uma lei de medidas – Antônio Fernando do Amaral e Silva	13
La nueva Ley de Ejecución de Medidas Socioeducativas: Un viejísimo debate – Emilio Garcia Mendez.....	15
A pseudossolução de rebaixamento penal e a política criminal para adolescentes – João Batista Costa Saraiva	17
Metaprincípios para interpretação da Lei n. 12.594/12 – Ana Paula Motta Costa.....	33
A <i>discriminação positiva</i> do adolescente autor de ato infracional – Afonso Armando Konzen	45
Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na Lei n. 12.594/12 – Eduardo Rezende Melo.....	57
Uma leitura constitucional das medidas socioeducativas e a Lei n. 12.594/12: a necessária individualização das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Dalmir Franklin de Oliveira Júnior	73
DECISÕES DE 1º GRAU	
Processo – Juiz Roberto Ferreira Filho	83
Processo – Juiz Leoberto Narciso Brancher.....	101
DOCUMENTO HISTÓRICO	
Anteprojeto de lei de execuções de medidas socioeducativas – 1998 – Exposição de motivos – Antônio Fernando do Amaral e Silva	113

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude: www.tjrs.jus.br
Link Infância e Juventude.

APRESENTAÇÃO

Nada é exatamente novo em Direito. Principalmente as leis. Produtos cristalizados da história, os consensos sociais elevados à categoria de norma jurídica surgem da clivagem do tempo, sintetizando necessidades, desejos, sonhos, aspirações transformadas em ideias, enfim. Expressam um caldo de cultura que sempre se decanta pacientemente. E que emerge no ordenamento positivo após enfrentados e superados dicotomias, dilemas e embates, até que os acordos surgem, por exaustão ou consenso, e assumem as formulações mais diversas, inesperadas até. O que resta, enfim, desse crivo pautado pela intempérie dos debates, vira letra da lei. Que por isso, seja maior ou menor o mérito do resultado, nunca pode ser fria.

Esse ao menos é o caso da Lei em pauta nesta edição da Revista dos Juizados da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul.

A Lei Federal n. 12.594/12 emergiu do debate técnico desafiado em 1998 pelo Desembargador catarinense Antônio Fernando do Amaral e Silva, emérito integrante da Comissão de Redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, autor da proposta original para uma Lei de Execuções de Medidas e inspirador de toda uma geração de magistrados garantistas. Não por outra razão esta publicação é uma assumida homenagem à sua pessoa, cujos textos, propositalmente, abrem (a apresentação da nova lei) e fecham (a apresentação do projeto original, de 1998) as páginas a seguir.

A proposta original veio à luz e foi debatida no âmbito da ABMP – Associação de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (então ainda sem os Defensores Públicos). Sua versão inicial enfrentou ferrenha resistência de setores ainda afeitos à visão tutelar, que se contrapunham às concepções do Direito Penal Juvenil que inspiraram a proposição garantista de Amaral e Silva.

Resultou daí que uma rejeição em bloco do texto original, que, no entanto, abriu lugar a uma segunda versão, com redação a cargo de uma Comissão Técnica nomeada pelo Congresso da ABMP em Gramado, em 1999, integrada pelo Procurador de Justiça paulista Munir Cury, pela Promotora de Justiça gaúcha Eleonora Machado Pogliã, pelo Promotor de Justiça paranaense Murillo Digiácomo e pelo Juiz de Direito gaúcho João Batista Costa Saraiva.

Finalizada perante o Congresso da ABMP em Belém, em 2001, a nova versão do anteprojeto foi confiada ao CONANDA, que em colaboração com os Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente promoveu novos debates e angariou sugestões em encontros regionais realizados em todo o Brasil.

Ao final, o texto com as sugestões retornou ao CONANDA. Inviabilizada a sistematização, diante do volume e da heterogeneidade dos adendos, uma nova Comissão de Redação foi formada por designação do Conselho Nacional,

integrada, dentre outros membros, pelo Procurador de Justiça gaúcho Afonso Armando Konzen, pelo Juiz de Direito catarinense Alexandre Moraes da Rosa e pelo Defensor Público paulista Flávio Américo Frasseto, esses por indicação da então Presidência da ABMP.

Essa foi, portanto, a terceira versão do texto do anteprojeto, finalmente debatido e adaptado pelo CONANDA e a seguir levado pela Casa Civil da Presidência da República ao Congresso Nacional – onde ainda receberia importantes contribuições, com destaque aos objetivos e princípios regentes da execução das medidas articulados pelo Fórum Nacional da Justiça Juvenil a partir da proposição do Juiz de Direito paulista Eduardo Rezende Melo.

Por detrás dos poucos nomes referidos, muitos foram os que se debruçaram na construção do texto atualmente em vigor. Indispensáveis a articulação e as contribuições de conteúdo de Carmen Silveira de Oliveira, à frente do Departamento da Criança e do Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e de Cláudio Augusto Vieira da Silva, então na Presidência do CONANDA.

Não foi a lei desejada, mas a lei possível. E, dentro desse possível, um novo horizonte doutrinário desponta e promete avançar por novas fronteiras.

Nossos votos são de que essas fronteiras humanizadoras nos levem para além das concepções retributivas e sejam inspiradoras de cada vez maior compromisso com a justiça, a paz e a restauração.

Leoberto Brancher,
Coordenador da Edição.

DOCTRINA

NEM TANTO, NEM TÃO POUCO – O QUE SE ESPERAVA DE UMA LEI DE MEDIDAS

ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA

Advogado. Desembargador aposentado do TJSC.

Integrante da Comissão do Ministério da Justiça que elaborou o projeto de lei do ECA.

Ex-professor da cadeira de Direito da Criança e do Adolescente da Escola Superior da Magistratura e da Academia Judicial do TJSC.

Diante do desafio da elaboração de um anteprojeto de lei de execução de medidas socioeducativas, aceitei o convite com a condição de que o esboço fosse submetido a uma ampla consulta que envolvesse todos os atores do sistema.

Concluídos os debates, com todo o respeito, o principal e indispensável não foi alcançado, permanecendo a incompletude do modelo, perdida a oportunidade de mudança nas abstrações e nos arroubos dos colóquios e seminários.

O debate afastou-se do foco, perdendo espaço para regras abstratas, muitas permeadas por princípios que nada têm com técnica jurídica da execução de sentença judicial.

Agora, novamente ao se discutir a matéria, penso que seria útil expor algumas críticas sem outro propósito que não o de contribuir em área tão sensível dos direitos humanos.

Relativamente a resposta do Estado à delinquência juvenil, entre tantas mazelas, as que mais me chamaram atenção e preocuparam foram os vieses que povoavam e, apesar da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas e do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda habitam nosso Sistema Legal.

A crise da execução da sentença que esbarrava e ainda colide com práticas, ora paternalistas, ora repressivas, marcadas pela improvisação e que continuam dando sobrevida à chamada *Doutrina da Situação Irregular*, produzindo o descrédito do sistema, é que me convenceu da necessidade de se editar uma lei de execução de medidas socioeducativas.

As graves limitações aos direitos humanos de adolescentes em conflito com a lei, os abusos e desvios notadamente à liberdade de ir e vir sob pretexto da *tutela superior interesse* exigiam e, lamentavelmente, continuam exigindo o devido processo legal.

Diante do neopositivismo lógico, não era mais possível admitir que alguém, muito menos o adolescente, fosse submetido ao Estado, privado, mesmo temporariamente, de direitos fundamentais sem regras claras e precisas capazes de conter o possível arbítrio dos encarregados da execução da sentença, viés que persiste contribuindo para o descrédito do sistema.

Quando da elaboração do projeto do Estatuto, já insistia na necessidade de se disciplinar o tema da execução da sentença e da individualização das medidas

socioeducativas, fixando-se regras claras e objetivas.

Quando se discutia o tormentoso assunto da duração das medidas socioeducativas, argumentando com os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade, insisti na necessidade da fixação de um prazo máximo em cada caso concreto, proporcional à gravidade do ato infracional e à personalidade do adolescente, mas a Comissão, ainda influenciada pelo *sistema tutelar*, optou pelos prazos abertos.

Lamentavelmente não consegui convencer a respeito da necessidade de se reproduzir o sistema dos institutos de Direito Penal, persistindo o viés do método que deixa o adolescente submetido ao Estado sem a certeza da duração do tempo máximo das restrições que lhes foram impostas.

Fenômeno que atua negativamente sobre as perspectivas do jovem diante da dúvida do que vai ocorrer notadamente em relação à data em que será liberado.

Diante do mito da *proteção*, à época, ainda muito forte, debalde foi que argumentei justificando que o prazo seria dirigido ao Estado para cumprir com o *munus* de *ressocializar*.

Argumentava não ser justo que, pela eventual incompetência dos encarregados de dar eficácia à sentença, permanecesse o adolescente submetido à medida mais tempo do que o necessário.

Passados tantos anos, persisto convencido de que os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade impõem que o Juiz individualize a medida socioeducativa, estabelecendo em cada caso um prazo máximo de duração, prazo que pode ser abreviado, acabando com a incerteza e a falta de perspectiva de futuro que tanto prejudica direitos fundamentais dos adolescentes submetidos ao Estado.

Lamentavelmente, nessa tão sensível área, o prazo permanece em aberto, possibilitando execuções equivocadas, via de regra arbitrárias, paternalistas ou repressivas.

O Estado-Administração não pode continuar educando coercitivamente sem limites de tempo prévia e claramente estabelecidos.

O processo de execução de medidas socioeducativas, para ser justo e adequado, propiciando ambiente de respeito e de conscientização dos direitos e responsabilidades do sentenciado, tem de se submeter aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

A eficácia da sentença não pode dispensar o Juiz, encarregado de decidir os incidentes da execução.

Incidentes que necessitam ser jurisdicionalizados com a efetiva participação do Promotor de Justiça e do Advogado, sem a qual permanecerá o jovem desprovido da garantia de direitos fundamentais reconhecidos a qualquer pessoa submetida ao Estado-Administração.

Em que pese à edição de novas regras, permanecem as medidas socioeducativas sem a necessária regulamentação legal a questões fundamentais, com graves e irreparáveis prejuízos aos direitos humanos de milhares de jovens em conflito com a lei, que continuam submetidos a medidas sem a certeza do tempo de duração.

LA NUEVA LEY DE EJECUCIÓN DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UN VIEJÍSIMO DEBATE

EMILIO GARCIA MENDEZ

Presidente da Fundación Sur-Argentina (www.surargentina.org.ar)

Cualquier debate que se precie de serio en el campo del derecho debe adoptar, como condición ineludible una doble perspectiva: la histórica y la crítica. Solo los cinicos o los ingenuos pueden prescindir de la misma.

La histórica, por la sencilla razón que no se trata de una discusión que como en un cine continuado la función empieza cuando el espectador llega. No en vano afirmaba ese filósofo inclasificable llamado George Santayana que, “Aquellos que no conocen su historia están condenados a repetirla”. Exactamente eso es lo que parecen proponerse los “neomenoristas”, procurando la vuelta al “idílico” pasado tutelar que durante casi un siglo encarnó el menorismo tradicional. Sin embargo, este intento de vuelta forzada al menorismo que puede falsear el significado de las palabras no puede reconstruir arbitrariamente el conjunto de las complejas condiciones (positivismo-inmigracion-pobreza) que, a comienzos del siglo XIX, le dieron origen.

Por eso se trata de una “vuelta” patética, ya que como afirmo otro filósofo, no menos inclasificable que el anterior cuando tomado en serio: “La historia se repite dos veces. Una vez como tragedia y otra vez como farsa” (Karl Marx). Esto explica que lo que verdaderamente caracteriza al neomenorismo es el carácter grotesco en el uso de eufemismos que difícilmente pueden disimular el crudo corporativismo de su “crueldad bondadosa”. Dicho en otras palabras, el neomenorismo no constituye otra cosa que la presentación del corporativismo bajo otro ropaje en la realidad actual.

No caben dudas que el largo debate sobre la ley de ejecución de medidas socioeducativas, ha alcanzado un punto importante de inflexión con la aprobación de la Ley 12.594/12, pero lejos esta de cerrarse. Por el contrario, el mismo representa en realidad una continuación del nunca saldado debate que en 1990 concluyó con la aprobación del propio ECA.

Aclaro que no se trata de un simple y comodo juzgamiento casi un cuarto de siglo después con los datos de la realidad actual. Si me animo a afirmar que los fuertes resabios tutelaristas contenidos en el ECA, que de tanto en tanto afloran en el debate presente, constituyen el resultado mucho más de la defensa de intereses corporativos que de posiciones ideológicas que objetivamente encontraron refugio en las primeras. Una prueba de ello lo constituye el hecho de que, justamente debido a la defensa de posiciones corporativas el ECA quedó por tras, especialmente en la materia penal juvenil, de lo expresado por la propia Constitución

de 1988 y sobre todo de lo claramente establecido en los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Sin embargo, de dos cosas continuo hoy firmemente convencido: 1) que pese a sus limitaciones el ECA resultó un texto legal de avanzada para su época y una verdadera adecuación sustancial al espíritu y al texto de la CIDN y 2) que los conocimientos jurídicos de individuos con la capacidad técnica, la claridad conceptual y el coraje cívico para empezar del Dr. Fernando Amaral e Silva y de Edson Seda de un lado y la preciosa intuición jurídica de un pedagogo como Antonio Carlos Gomes da Costa, impidieron que se consolidara en Brasil como en otros países de la región el inmovilismo que caracterizó a la situación argentina o la adecuación eufemística que caracterizó a muchos códigos y leyes de la época de la cual el Código del Menor de Colombia de 1990, constituye el mejor de los ejemplos.

Un capítulo aparte, que espera a su cronista, lo constituye la ausencia de los grandes nombres del derecho penal en el debate de la época.

En realidad lo que estaba y continua estando en juego es la consolidación de un modelo jurídico basado en la justicia o la reformulación del tutelarismo menorista recubierto por el lenguaje de la Convención. Por eso es que en el debate actual la lucha por el significado real de las palabras se ha transformado en un elemento central de la disputa.

Dicho de otra forma, la persistencia de formas intolerables de discrecionalidad no ha podido consolidarse ni legitimarse debido fundamentalmente a la producción teórica y jurisprudencial de una generación de jóvenes juristas que partiendo de la crítica Constitucional han desnudado la persistencia de prácticas que, esencialmente corporativas, contradicen groseramente el discurso declarado del neomenorismo. Pero esta tarea de desmistificación emprendida por juristas de la talla de Joao Batista Costa Saraiva, Armando Konzen, Salomao Schecaira, Karyna Sposato, Vera Deboni, Leoberto Brancher, Martha Toledo, Ana Paula Motta Costa y Dalmir Franklin de Oliveira Junior, para solo nombrar a los más conocidos y próximos, ha sido posible tanto por la persistencia de la Constitución Federal de 1988, cuanto por la maravillosa terquedad consecuente del Dr. Amaral.

No es entonces por acaso que hoy dicho debate se condense en torno al uso de la privación de libertad entendido, de un lado, como la respuesta seria y legítima del Estado frente a las violaciones graves a la ley penal cometidas por los menores de edad o, como una forma de política social reforzada para enfrentar el mayor problema social de nuestro tiempo: los adolescentes pobres que en las grandes periferias urbanas no estudian ni trabajan.

Otra vez tal como en la Inglaterra del siglo XVI, se trata de un debate destinado a impedir el uso de instrumentos penales (las Poorhouses, por ejemplo) como herramienta privilegiada de la política social dirigida a los sectores más vulnerables.

La ley del SINASE no constituye un texto cerrado tal como acertadamente lo ha demostrado Joao Batista Costa Saraiva. Potenciar sus aspectos positivos (que no son pocos) y superar sus vacíos y contradicciones no es otra cosa que la difícil tarea que, aquellos que creemos en la justicia, tenemos por delante.

A PSEUDOSSOLUÇÃO DE REBAIXAMENTO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL PARA ADOLESCENTES

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA
Juiz de Direito aposentado. Consultor do UNICEF.

1. Uma política criminal para adolescentes

O tema da prática de delitos por parte de crianças e/ou adolescentes tem ocupado periodicamente o debate político latino-americano. É assunto recorrente, de regra explorado demagogicamente, com ou sem fatos “emblemáticos” a animar o argumento, adotando periodicamente maior ou menor repercussão no âmbito midiático, em especial alimentado por um discurso retribucionista, animado por um furor penalizante. Vem estribado seja por fenômenos como das “Maras” na América Central, seja pela proliferação do tráfico de entorpecentes com o recrutamento de crianças e adolescentes do México à Argentina.

Essa ação se opera de forma direta ou difusa, seja pela proposta de aumento de sanções e/ou redução da idade penal, no plano político, no primeiro caso; seja pela fragilização das garantias, em uma formulação hipócrita tão ao gosto da antiga doutrina tutelar, no plano da operacionalidade dos sistemas.

A questão relativa ao estudo do Direito da Criança deve ser focada em face do conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, cuja dimensão subjetiva determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si.

Assim, trata-se de um conjunto de regras de Direitos Humanos Especiais, de Crianças e Adolescentes, e somente nessa perspectiva pode ser concebida uma Política Criminal para Adolescentes, máxime em países signatários da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança.

Como marco inicial dessa abordagem, a propósito da Política Criminal para Adolescentes, como adverte Carlos Tiffer¹, há que se afirmar que chamar de criança o destinatário da norma não significa dar-lhe um tratamento paternalista ou licencioso. Trata-se da operacionalidade de um conceito jurídico de âmbito internacional, uma vez que tal conceito deriva de uma norma internacional que assim define aqueles menores de dezoito anos². É o que estabelece a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança.

1 – TIFFER, Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil: comentada y concordada*. 3ª ed. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 47.

2 – “Em episódio havido em 1992, em um grande motim na FEBEM em São Paulo, durante o III Seminário Latino-Americano do Averso ao Direito, Da Situação Irregular à Proteção Integral da Infância e Adolescência na América Latina, há uma situação emblemática. Em um jornal de grande circulação houve, na época, editorial criticando duramente a então Secretária do Menor do Estado de São Paulo

Visando a se compreender a existência de uma Política Criminal para Adolescentes e a ideologia que a norteia, situando o estudo do direito da criança no conjunto dos Direitos Fundamentais, abordando a trajetória deste Direito na normativa internacional, analisando a questão da responsabilidade penal dos menores de idade, Emílio Garcia Mendez³ enumera que, do ponto de vista do Direito, é possível dividir a história do direito juvenil em três etapas:

- a) de caráter penal indiferenciado;
- b) de caráter tutelar;
- c) de caráter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o Direito da Infância e Juventude na América Latina se faz insuperável, que a primeira etapa, do caráter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX, até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de “liberdade por um menos pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade”, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço.

O segundo momento, do caráter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a Legislação da Argentina, todos os países da América Latina adotaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. As novas ideias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores.⁴

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

por haver se referido aos internos amotinados como meninos. Falava o editorialista do equívoco desta linguagem, dizendo que havia delinquentes, do tipo de Mike Tyson, dentre os revoltosos, sugerindo que aquela seria uma linguagem paternalista, de utilização imprópria. Tangenciando a propriedade ou não da expressão utilizada, o fato é que aquele mesmo jornal, que tão duramente criticava a Secretária por tratar de meninos os adolescentes amotinados, estampava manchetes, em suas páginas esportivas, saudando os Meninos de Ouro do Brasil, referindo-se à equipe olímpica de voleibol, que na época a todos vencia, com seus atletas de quase dois metros de estatura e todos com mais de dezoito anos de idade...” SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

3 – MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

4 – Sobre o tema, Emílio Garcia Mendez remete à leitura de Antony Platt, *Los Salvadores del Niño, o la Invención de la Delincuencia*, México, Siglo XXI, 1982.

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 muitas regiões...”.⁵

Cabe destacar que essa segunda etapa, o modelo tutelar, embora formalmente vencida pela ratificação dos termos da Convenção dos Direitos da Criança, ainda subsiste em muitos países latino-americanos, travestida ou não.

Carlos Tiffer realça que no modelo tutelar o problema não era tão somente que produzia “impunidade”, mas também, senão especialmente, arbitrariedade. Efetivamente, esse modelo se caracterizou por resultar em uma grande quantidade de crianças e adolescentes (menores) em privação de liberdade, “menores que em sentido estrito não haviam cometido nenhum tipo de delito”, mas que apenas se tratavam de crianças e adolescentes em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, o modelo tutelar que configurou essa segunda etapa não apenas produzia impunidade como também, e especialmente, produzia uma repressão indiscriminada contra crianças e adolescentes em condição de desvantagem social⁶.

A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada 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 (admiravelmente sintetizado no art. 12⁷ da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) 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

5 – *Op. cit.*, p. 7-8.

6 – TIFFER, Carlos. *Op. cit.*, p. 26.

7 – “Art. 12.

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional.”

de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40^a da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança".⁹

8 – "Art. 37. Os Estados Partes zelarão para que:

- a) 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 18 anos de idade;
- b) nenhuma criança seja 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 com último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) 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 de manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação."

"Art. 40.

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança, a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e valor, e fortalecerão o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular;

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram detidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

- i. ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;
- ii. ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou seus de representantes legais, das acusações que pesam contra ele, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e a apresentação de sua defesa;
- iii. ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levar em consideração especialmente sua idade ou a situação de seus pais ou representantes legais;
- iv. não ser obrigada a testemunhar ou se declarar culpada, e poder interrogar as testemunhas de acusação, bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;
- v. se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas à revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;
- vi. ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. 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:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

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.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo de delito."

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90.

Antônio Carlos Gomes da Costa, desde os primeiros dias de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual foi um dos principais construtores, sentenciava que a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da Constituição Federal, cuja regulamentação desembocou no Estatuto, promoveu uma completa metamorfose no Direito da Criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos.¹⁰

Nessas condições somente será possível afirmar, com idoneidade, que uma Política Criminal séria em face de Adolescentes autores de atos infracionais, em face da delinquência juvenil, somente pode ser concebida se vier esta “embebida” em sua formulação dos preceitos estabelecidos pelas Regras das Nações Unidas que regulamentam a matéria, em especial pela Convenção dos Direitos da Criança.

Do contrário, o que se tem visto em alguns países de nosso continente é a reedição do velho travestido de novo, a encorajar os movimentos pela redução da idade penal, a partir de uma suposta e falaciosa incapacidade do sistema de responsabilidade penal juvenil.

2. Elementos para um conceito de Direito Penal de Adolescente

O Sistema Penal de Adolescente, fundando em um Direito Penal para Adolescente ou um Direito Penal Juvenil, é um sistema de justiça criminal onde se estende os direitos e garantias do devido processo legal para os adolescentes que são acusados de ter participado ou efetivado a prática de um tipo penal.

Os elementos fundamentais que caracterizam e distinguem este Direito Penal do Adolescente é o propósito educativo e restaurador da sanção socioeducativa, que, primeiro, permite a reparação de danos em qualquer fase do procedimento e, conseqüentemente, o arquivamento do caso e, segundo, propõe respostas menos restritivas possíveis a direitos na imposição do leque de sanções que disponibiliza.

Nesse sistema a privação da liberdade opera como *ultima ratio*, o último recurso e somente aplicável por delitos muito graves, enquanto mecanismo de defesa social.

Jaime Couso¹¹ formula as teses que fundamentam um modelo diferenciado de responsabilidade penal do adolescente:

a) O Direito Penal seria a *ultima ratio*, de modo que o adolescente deve ser mantido em espaço social, evitando contato com a Justiça e suas instituições, mormente a de natureza penal. Portanto, a penalização é a última solução e só deve

10 – GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. *De Menor à Cidadão: notas para uma história do Novo Direito da Infância e da Juventude no Brasil*. Brasília: CBJA – Ministério da Ação Social, 1991.

11 – COUSO SALAS, Jaime. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 8. UNICEF: Santiago de Chile, nov. 2006, p. 51-63.

ser aplicada a situações em que outra esfera do Direito não pode solucionar.

b) A “despenalização orientada para a socialização”, significando que os casos devem ser encaminhados para serviços sociais ou de proteção da infância e da família ou de terapia, quando necessário, porquanto o cometimento de delitos pelos adolescentes é episódico, possibilitando a superação sem intervenção institucional, por remissão viabilizada na forma de lei (a ideia da remissão simples, sem qualquer sanção, pré-processual).

c) A terceira tese parte do ideal socializador, atribuindo-se, no Direito Penal de Adolescentes, grande importância ao princípio educativo e socializador. Também tem caráter despenalizador ou limitador da sanção, pois parte da premissa de que a prevenção especial deve ser admitida como sendo meio de socialização ou ressocialização do adolescente, sendo os fins preventivo-especiais o mais importante aspecto a ser considerado no Direito Penal do Adolescente.

d) A quarta tese relaciona-se à necessidade de oferecer ao adolescente autor de ato infracional possibilidade real de reeducação e ao imperativo de individualização da sanção, conforme histórico pessoal, familiar e social, sempre visando a atender o princípio educativo. A individualização da sanção socioeducativa é marco fundante do conceito introduzido pela Lei n. 12.594/12 na ordem jurídica interna brasileira, complementando disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente¹².

e) Este princípio educativo não permite aplicação de qualquer sanção ao adolescente autor de ato infracional, pois se trata de limite para a intervenção penal, de modo que sua ressocialização deve ser obtida por meio do processo de conciliação entre autor e vítima, acompanhado de uma reparação material ou simbólica.

f) Por fim, a sexta tese suscitada por Couso refere a execução da sanção imposta, pois, sob este aspecto, o adolescente deve ter uma regulação mais benigna. Ou seja, o preceito central é de que, em nenhuma circunstância, o adolescente receberá um tratamento mais gravoso, do ponto de vista da resposta estatal a sua conduta infracional, do que receberia se maior de dezoito anos. Também, nesse sentido, a Lei brasileira n. 12.594 foi explícita¹³.

Desse modo, a resposta estatal preconizada por este Direito Penal Juvenil ou Adolescente, embora negativa para o sancionado enquanto intervenção do Estado no âmbito de sua liberdade individual independentemente de seu consentimento,

12 – Lei n. 12.594/12, art. 35: “VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;”.

13 – Lei n. 12.594/12, art. 35: “I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;”.

como destaca Shecaira¹⁴, deve moldurar-se, na lição de Couso¹⁵, a uma forma quantitativa e qualitativa distinta dos adultos (Direito a um tratamento penal distinto – art. 3.1 das Regras de Beijing e art. 43 das Diretrizes de Riad).

Ou seja:

a) Quantitativamente: as sanções devem ser menos severas.

b) Qualitativamente: o sistema de resposta deve prestar atenção à necessidade de desenvolvimento e aos direitos humanos especiais dessa faixa da população.

Jaime Couso¹⁶, como corolário do princípio educativo orientador deste Direito Penal de Adolescente, lista as seguintes conclusões, enquanto ordem de prioridade de acionamento dos mecanismos disponibilizados pelo Sistema Penal de Adolescentes:

- primeira opção: arquivar o processo, deixando de intervir para não entorpecer ou colocar em risco o processo de socialização da criança ou adolescente;

- segunda opção: arquivar o processo na justiça juvenil e encaminhar o caso para serviços sociais regulares e de proteção (ou terapia) da infância e da família quando o adolescente tiver necessidades educacionais e de socialização não satisfeitas que exijam alguma intervenção institucional, que jamais poderá ser uma sanção camuflada;

- terceira opção: buscar um entendimento entre o adolescente autor e a vítima que conduza, conforme o caso, a uma reparação;

- quarta opção: impor uma medida ou sanção em meio aberto orientada para reduzir a possibilidade de um comportamento delitivo no futuro;

- quinta opção (como “último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”): impor uma sanção privativa de liberdade em condições privilegiadas em relação às aplicadas em outros centros, colocando-se, desde o primeiro momento, a possibilidade de se reduzir o seu impacto negativo sobre a socialização por meio de benefícios penitenciários.

Do ponto de vista da ordem constitucional brasileira, um dos fundamentos a orientar a distinção de um modelo de Direito Penal de Adolescente ou de um Direito Penal Juvenil repousa no princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, explícito no art. 227, § 3º, V, da Constituição Federal.

14 – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008, p. 221-222.

15 – COUSO SALAS, Jaime. La Política criminal para Adolescentes y La Ley 20.084. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 11. UNICEF: Santiago de Chile, oct. 2009, p. 213-245.

16 – COUSO SALAS, Jaime. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 8. UNICEF: Santiago de Chile, nov. 2006, p. 61-62.

Nesse sentido a notável contribuição ao estudo do Direito Penal Juvenil trazida por Karyna Batista Sposato¹⁷, na qual realça que a existência de uma legislação e jurisdição especiais relacionadas à infância e à juventude decorre dos princípios previstos na Constituição Federal, na Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro, que exigem um sistema diferenciado de atendimento e tratamento multidisciplinar em relação à problemática que envolve o adolescente em conflito com a lei, aplicando-lhe medida de natureza principalmente pedagógica, com o escopo de lhe “oferecer condições efetivas para a superação daquela vivência infracional e vulnerabilidade social”.

Ao enumerar os princípios norteadores deste ramo especializado do Direito que constitui o Direito Penal Juvenil, destaca:

A) Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (que possui interface com a inimputabilidade): o estágio especial de desenvolvimento não implica total desresponsabilização e sim níveis diferenciados de responsabilidade. Logo, a inimputabilidade não significa irresponsabilidade, mas responsabilidade perante uma legislação especial que observa sua condição peculiar.

B) Princípio do melhor interesse do adolescente: tem por finalidade atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. O Direito Penal Juvenil deve ser subsidiário e reduzido à menor intervenção possível (intervenção mínima).

3. Não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: o Direito Penal Juvenil

Estabelecidos esses elementos fundamentais, há que se ter em vista que a *inimputabilidade penal do adolescente*, cláusula pétreia instituída no art. 228 da Constituição Federal, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento¹⁸.

Antônio Fernando Amaral e Silva, ainda na última década do século passado, clamando por uma lei de execução das medidas socioeducativas no Brasil, já fazia a reflexão de que pena e sanção são conceitos que têm a mesma sede no Poder de Império do Estado. Daí, as sanções administrativas, advertências, suspensão, etc. são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas, etc. são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante¹⁹.

17 – SPOSATO, Karyna Batista. *A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado*. Salvador, "mimeo", 2012.

18 – Abordo essa matéria em *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Sobre o tema: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002; SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006; e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

19 – AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O mito da inimputabilidade Penal do Adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. V. 5, Florianópolis: AMC, 1998.

A partir de seu preceito educativo e socializador, fundado no princípio da reserva legal e nos elementos fundamentais de um modelo de garantismo penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu no Brasil um Direito Penal Juvenil ou um Direito Penal de Adolescente²⁰. Assim o é definido nos países onde houve a recepção séria e comprometida em seus sistemas legislativos dos preceitos da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas e do conjunto normativo internacional que a fundamenta. Assim, também, no Brasil²¹.

Relativamente ao Direito Comparado, em matéria de Direito Penal Juvenil, faz-se notável a contribuição de Sérgio Salomão Shecaira ao estudo do tema, introduzindo a discussão definitivamente no mundo do Direito Penal, enquanto sistema de garantias²². A obra de Shecaira, referindo doutrina de Carlos Vazquez Gonzáles, oportuniza uma visão tanto da realidade latino-americana quanto, especialmente, a europeia.

Shecaira conclui que as normas que regulam a responsabilidade penal dos adolescentes pertencem ao Direito Penal “por contemplarem situações nas quais se impõem sanções aos autores da infração”. Arrematando: “A medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção”.²³

O aprimoramento deste sistema deve ser sempre produzido na linha do garantismo e, embora tenha deixado a desejar no detalhamento da regulamentação dos procedimentos, foi nesse sentido que avançou a Lei n. 12.594/12, lei de execução das medidas socioeducativas.

Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo. Que a existência da norma traz segurança e afirma o direito. A ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Emílio Garcia Mendez, citando Luigi Ferrajoli: “a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras sempre é a regra do mais forte”.

No caso dos adolescentes autores de delitos, a responsabilização se dá a partir dos doze anos, o que empresta um caráter quase draconiano à nossa lei, em

20 – Karyna Sposato, em *O Direito Penal Juvenil*, disserta com brilho sobre o tema. Do prefácio da obra, de Sérgio Salomão Shecaira, se extrai: “(...) muito se escreveu narrando o que foi o ECA. No entanto, pouco se disse sobre as vicissitudes e sobre as conseqüências que advêm de errôneas interpretações da parte sancionatória do Estatuto por grande parte da doutrina brasileira. Quando houvesse um trabalho dessa natureza, surgiria uma verdadeira terra nova. Seria um desbravamento transoceânico (...) Foi assim como o ‘achamento’ (na dicção da primeira missiva) a *terra basilis* (...). Crimes e penas são trocados por atos infracionais e medidas socioeducativas. Na essência, fazem parte de um único sistema de controle social, com contato entre si, como se fossem vasos comunicantes”.

21 – Na Europa, são exemplos a serem observados os modelos adotados por Alemanha e Espanha, como se pode constatar no trabalho de Carlos Vazquez Gonzáles, *Derecho Penal Juvenil Europeo*. Madrid: Dykinson, 2005. Na América Latina, veja-se, por exemplo, a legislação da Costa Rica, cujo sistema de tratamento ao adolescente em conflito com a lei é praticamente idêntico ao adotado no Brasil, com praticamente as mesmas medidas socioeducativas previstas como sancionamento às condutas infracionais, como pode ser visto em Armijo, Gilbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*. San José – Costa Rica: IJSA, 1998. Assim também as recentes reformas dos sistemas de justiça juvenil de Chile e Colômbia.

22 – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

23 – *Op. cit.*, p. 221-222.

cotejo com os demais países em cuja maioria a idade de responsabilização se dá aos quatorze.

É certo que o sistema socioeducativo, relativo às sanções a que se sujeitam esses adolescentes, carece de efetividade. Programas de Meio Aberto ainda são poucos e muito ineficientes, a reclamar urgentes providências. A ideia de sua execução por meio dos CREAS, em especial por conta da notável capilaridade deste sistema no âmbito dos Municípios brasileiros, ainda é um porvir do ponto de vista da eficácia e efetividade, a reclamar a especialização destes atores e destes serviços. Esta passa pela necessária compreensão do que são essas sanções, no que se distinguem das penas aplicáveis aos maiores de dezoito anos e quais suas convergências. Também é preciso superar, nessa mudança cultural, o paradigma da ambiguidade, do que o velho sistema era pródigo, em especial visando a não reproduzir no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente as nefastas práticas do tempo do Código de Menores e suas instituições totais, que não distinguiam vitimizados de vitimizadores.

No que respeita às medidas socioeducativas, enquanto penalidades, com finalidade pedagógica, como destaca Konzen,²⁴ cumpre retomar a analogia entre o sutiã, a calcinha e o biquíni. Se em um dia de sol, em um condomínio, uma dona de casa resolver cortar a grama de sua casa, de calcinhas e de sutiã, causará escândalo. Se estiver de biquíni, provavelmente não. É o conceito. A finalidade. A calcinha e o sutiã são roupas de baixo. O biquíni é roupa de banho. E há calcinhas e sutiãs que “vestem” mais do que muitos biquínis. Assim, de certa maneira, a medida socioeducativa e a pena.

No caso do adolescente autor de infração, o primeiro tema ainda a ser superado diz com a responsabilização desse sujeito e a efetivação do modelo proposto pela Lei. Nesse caso, desde que superada a questão e entendido o modelo de responsabilização juvenil que o Estatuto introduziu, faz-se razoável, e até recomendável, que se busque o aprimoramento da norma e a qualificação de seus operadores, notadamente a qualificação da defesa técnica²⁵, aproveitando-se da experiência acumulada nesses anos para avaliarmos os acertos e os erros, por ação e por omissão.

Por fim, cumpre dizer que a “autonomia” do Direito da Criança, sustentada para afastar a ideia de um Direito Penal Juvenil, acaba produzindo e contribuindo para reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina Tutelar, da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política “de bem-estar de menores”, de triste experiência nestes brasis.

Os argumentos que são utilizados não têm o condão de desfazer o sentido da afirmativa de o Estatuto da Criança e do Adolescente haver consagrado um sistema de responsabilidade penal juvenil, integrado em um sistema de justiça, em um sistema normativo, cuja validade e eficácia somente pode ser reconhecida a partir de seu assento constitucional. Em verdade o afirma.

24 – *Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

25 – Nessa perspectiva o texto de Ana Paula Motta Costa *Os adolescentes e seus Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sobre o fortalecimento das Defensorias Públicas, a efetivação dos centros de defesa, a capacitação dos Defensores e a utilização de estratégias de defesa como efetiva contraposição da acusação, p. 231-232.

O Princípio da Prioridade Absoluta afirmado no art. 227 da Constituição Federal, em última análise, como corolário do paradigma da proteção integral, ao lado de um conjunto de princípios constitucionais assecuratórios do Direito da Criança, resulta no que Martha Toledo²⁶ resume como princípios constitucionais especiais do sistema de responsabilização penal juvenil, listados por aquela: *Princípio da Reserva Legal*; *Princípio da Culpabilidade*; *Princípio da Inimputabilidade Penal*; *Princípio da Excepcionalidade na Privação de Liberdade*; *Princípio da Brevidade na Privação de Liberdade*; *Princípio do Contraditório*; *Princípio da Ampla Defesa*. É neste conjunto de Direitos e Garantias que se identifica a ideia de um Direito Penal Juvenil, em um universo de valores que desconstrói o paradigma da incapacidade para reconhecer o adolescente em sua condição de sujeito de direitos, com responsabilidade penal juvenil. O Princípio do Superior Interesse da Criança, já tratado neste trabalho, somente pode ser compreendido quando submetido àqueles. Isso não faz o Direito da Criança autônomo da Ordem Constitucional e Normativa, ao contrário, submete-o àquela, como dimensão única de sua eficácia e legitimação.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista²⁷. Isso se extrai da ordem constitucional, da normativa internacional, dos preceitos do Direito Penal. Direito Penal este que será juvenil, porque especial, distinto, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, com um “plus” de garantias que disso decorre, norteado por seus princípios educativo e ressocializador.

4. Responsabilidade penal do adolescente

A ideia de um sistema de responsabilidade penal juvenil se afirma por conta da perspectiva de se constituir em uma imposição sem consentimento do afetado, uma intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo, como asseverado

26 – TOLEDO, Martha Machado. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 414.

27 – Como reflexão, cumpre consignar um dos efeitos decorrentes da antecipação da maioridade civil para dezoito anos, com a vigência do novo Código Civil. Sendo a responsabilidade civil independente da criminal (tanto que havia desencontro de idade entre a maioridade penal e a maioridade civil), estabelecendo o Código Penal benefícios para o agente entre dezoito e vinte e um anos (v.g. atenuante, prazo prescricional pela metade), fica implícito que o País afirma o reconhecimento de uma outra categoria de cidadãos em conflito com a lei: os jovens adultos. Pessoas entre dezoito e vinte e um anos, cuja categoria já afirmava o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), quando prevê a aplicação de medida socioeducativa para jovens com mais de dezoito anos (até os vinte e um anos), autores de ato infracional na adolescência. Decorrentemente da nova ordem firmada pelo Código Civil, não se estabelece mais relação com a maioridade civil, nem a atenuante mencionada será da minoridade. Esta garantia faz-se atenuante da condição de jovem adulto, que se faz independente da situação de maioridade civil, por necessária política criminal, a exemplo do que ocorre em países como Espanha e Alemanha. Isso se constitui em um marco importante que não pode ser desconsiderado, máxime quando a maioria da população penitenciária brasileira é formada por uma massa de jovens adultos (considerados aqui até vinte e cinco anos), a carecer do Estado brasileiro um olhar mais atento à condição de dignidade da pessoa humana. Nestas condições é possível afirmar que o sistema contempla: a) a irresponsabilidade da criança, até doze anos; b) a responsabilidade penal juvenil do adolescente, até dezoito anos; c) a imputabilidade penal com benefícios para o jovem adulto, até vinte e um anos; d) considerando a partir de vinte e um anos o adulto pleno, do ponto de vista criminal.

por Shecaira, sem prejuízo da finalidade pedagógica que a medida socioeducativa persegue.

Na dimensão desta intervenção se constitui um “mal”, um “mal” necessário, em casos extremos (princípio da necessidade), erigido no interesse da sociedade. Esse mal, cujo efeito negativo pode mitigar-se e efetivamente reverter-se em favor do sancionado.

Mário Volpi, Oficial de Programas do UNICEF para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade, tendo ouvido 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), afirma: “A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambiguidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ela seja”.²⁸

Não há dúvida, porém, em face de seu caráter sancionatório, que a medida socioeducativa tem inegável carga afliativa, permanecendo absolutamente contemporâneo o conteúdo do acórdão lançado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no *habeas corpus* originário do Estado do Paraná, RE n. 285571, em 13 de fevereiro de 2001, onde Ministério Público e Defesa convergiram com a ideia de que o adolescente “necessitava” de uma internação e o juízo acolheu esse “consenso”.

Do acórdão se extrai: “A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida socioeducativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender – além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade”²⁹.

Se no Direito Penal para adultos a ideia de Carnellutti fica no plano da mera “curiosidade”, como destacou o grande jurista mineiro em sua decisão, no plano da responsabilização de adolescentes por sua conduta infratora, aparentemente continua operando com muita eficácia na consciência de muitos atores do sistema, impregnados pela cultura tutelar, a ignorar a Constituição Federal, a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, operando o Estatuto com uma lógica “menorista” – entendendo-se aqui menorista como aqueles que se fundam na doutrina tutelar.

A ideia, de um Direito Penal de Adolescente, ou um Direito Penal Juvenil, expressa especialmente nos arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, é de estabelecer limites ao Poder Estatal em face à conduta do adolescente a que se atribua a prática de ato infracional, definido e limitado pelo rigoroso respeito ao Princípio da Legalidade, da tipicidade da conduta (art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

28 – VOLPI, Mário. *Sem Liberdade, Sem Direitos*. Cortez: São Paulo, 2001, p. 56.

29 – STF, RE n. 285571/PR, Recurso Extraordinário, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

A grande distinção entre um modelo legal orientado por essa ideologia em antagonismo ao vetusto modelo tutelar reside exatamente nesta perspectiva, de lide. De conflito de interesses entre liberdade x poder estatal.

No velho modelo tutelar, oposto ao conceito de um Direito Penal de Adolescente, “não há conflito, não há parte”, como adverte Frasseto. Todos operam no consenso, na construção do bem...³⁰ É o império da discricionariedade absoluta, que o Direito Penal de Adolescente busca limitar e combater.

Esse Direito Penal de Adolescente, esse conjunto de limites, fica expresso em dispositivos como o referido art. 103 do Estatuto, consagrando o Princípio da Legalidade, o art. 104 da mesma Lei em harmonia com o preceito constitucional do art. 228 da Constituição Federal, estabelecendo o limite da imputabilidade penal, sujeitando os adolescentes “as normas da legislação especial”, o Estatuto, com regras de um Direito Penal de Adolescente, orientado pelo princípio educativo.

Confirma-se na enunciação dos Direitos Individuais explicitados nos arts. 106 a 109 do Estatuto, nas Garantias Processuais elencadas nos arts. 110 e 111 e no conjunto de regras que estabelece, como aquelas relativas aos critérios de determinação das sanções socioeducativas (arts. 112, § 1º, 122 e 100 do Estatuto, ou ainda aqueles outros trazidos pela Lei n. 12.594, em especial quando enumera os objetivos das Medidas Socioeducativas em seu art. 1º, § 2º, ou nos princípios que enumera em seu art. 35).

A perspectiva de todo o sistema repousa no reconhecimento do adolescente enquanto sujeito de direitos. Ou seja, o sistema reconhece o sancionado em seu *status* de sujeito de direitos, em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

É a operacionalidade do chamado Princípio da Autonomia Progressiva, que se expressa na Convenção dos Direitos da Criança, que reconhece aquela conquista progressiva de direitos a serem exercidos diretamente, como o de ser ouvido e sua palavra devidamente considerada, magnificamente retratado no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança.

A propósito de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, rompendo com o paradigma da incapacidade que norteava a doutrina tutelar e justificava tudo em nome do “interesse do menor” que habitava a mente do adulto, basta a forma como o Estatuto da Criança e do Adolescente trata o tema das autorizações de viagens, com possibilidades de deslocamentos dentro do território nacional sem autorização a adolescentes e a crianças nos limites do Município. Emblemático, porém, é o tema da adoção, quando o ato jurídico somente se perfectibiliza e se vê condicionado ao consentimento do adolescente, em se tratando de adotando com doze anos de idade ou mais. Assim, que incapaz é este cuja manifestação pessoal é condicionante da efetivação do ato judicial e sem seu consentimento não se realiza? Que incapaz seria este que desde os doze anos de idade pode-se ver privado de liberdade por decisão judicial em face de conduta infracional?

Assim, afirmado o protagonismo do adolescente, sujeito de direitos, faz-se ele sujeito de responsabilidade, penal adolescente ou penal juvenil.

O “mal” imposto, a supressão ou limitação de sua liberdade, permanece sujeito a limites e garantias nessa ordem legal, observando limites como legalidade,

30 – TIFFER, Carlos. *Op. cit.*, p. 26.

jurisdicionalidade, intervenção mínima, culpabilidade (aqui entendido a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude)³¹, proporcionalidade, etc.

Como destaca Couso³², a resposta estatal à conduta infratora expressa na medida socioeducativa deve moldurar-se de uma forma quantitativa e qualitativa distinta da dos adultos, resultante do direito a um tratamento penal distinto (art. 3.1 das Regras de Beijing e art. 43 das Diretrizes de Riad).

Assim, quantitativamente as sanções socioeducativas devem ser menos severas e qualitativamente o sistema de resposta deve prestar atenção à necessidade de desenvolvimento e os direitos humanos especiais deste segmento da sociedade. Daí a importância do manejo do art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e também dos objetivos perseguidos pela medida socioeducativa enumerados no art. 1º da Lei n. 12.594/12.

5. Objetivos político-criminais de um Sistema Penal de Adolescentes em face da Convenção dos Direitos da Criança

Induvidosamente o tema da violência urbana, por conta das características de desenvolvimento da contemporaneidade, tem pautado a ação dos governantes. Os desafios do século XXI da pós-modernidade e da própria democracia, com o flerte com soluções totalitárias, naquilo que Todorov³³ destaca como a alarmante derrocada dos valores democráticos sob um “novo” discurso, que acaba por restringir as liberdades individuais.

Nesse contexto os Direitos Humanos Especiais de Crianças e Adolescentes têm ainda maior relevância, especialmente quando se busca construir um sistema apto a reagir frente aos graves conflitos decorrentes da prática de atos infracionais por parte de adolescentes, em especial visando a combater a simplista e sempre invocada pretensão de redução da idade penal e o tratamento como “adulto” de maneira cada dia mais precoce, na contramão dos preceitos da Convenção dos Direitos da Criança.

Assim, o Sistema de um Direito Penal para Adolescentes leva em conta aspectos como sanção, prevenção e proteção do interesse da vítima. Aqui, a ideia de um modelo de justiça restaurativa, presente na proposta, se afirma na medida em que um sistema de responsabilidade penal adolescente se mostra efetivo e eficaz.

Em certa medida, no plano das garantias e limites ao poder sancionador do Estado, há uma aproximação entre Direito Penal Juvenil e Direito Penal de adultos, porém não a ponto de não se estabelecer a suficiente distância para compor a diferença. As sanções se fundamentam em uma finalidade educativa. Porém, como já visto, enquanto intervenção na esfera da liberdade individual do cidadão adolescente, a sanção tem uma conotação negativa, em certa dimensão.

31 – Se faz indispensável a leitura de Miguel Cillero Bruñol, sobre o tema da culpabilidade em um sistema de responsabilidade penal para adolescentes. *Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal. In: *Justicia y Derechos Del Niño*. Número 3. UNICEF: Buenos Aires, 2001.

32 – COUSO SALAS, Jaime. La Política criminal para Adolescentes y La Ley 20.084. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 11. UNICEF: Santiago de Chile, oct. 2009, p. 213-245.

33 – TODOROV, Tzvetan. *Os Inimigos Íntimos da Democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

Este Direito Penal para Adolescente ou Juvenil se afirma, em um Estado Democrático de Direito, enquanto mecanismo de defesa social, quando se faz apto a impor limites garantindo a intervenção punitiva sobre os adolescentes, com estrita observância da legalidade, do conjunto das sanções definidas em lei e da jurisdicionalidade de sua atuação, presidido sempre pelo princípio da intervenção mínima, levando em conta valores como lesividade, necessidade, proporcionalidade, etc.

O traço norteador desta atuação do Estado repousa no Princípio da Especialidade, enquanto Princípio Especial, um “plus” em face aos adolescentes. Daí a possibilidade de construção de uma resposta qualitativa diferente, norteando-se pelo princípio educativo e considerando valores fundamentais como dignidade da pessoa humana, em especial adolescentes enquanto titulares de direitos humanos especiais; respeito ao direito de terceiros, intervenção social, etc.

O princípio educativo junto com o interesse superior e a proteção integral formam o fundamento do novo Direito. O princípio educativo deve procurar ter vigência durante todo o processo penal juvenil nas etapas de conhecimento e execução.

O princípio educativo imprime uma característica fundamental e diferenciada deste Direito Penal para Adolescentes, ou Juvenil. Um “plus” em face do Direito Penal.

Este “plus” que configura este Direito Penal para Adolescente se faz capaz de oferecer a resposta de segurança cidadã que a sociedade espera. Visa a alcançar esta meta construindo soluções sancionatórias menos impactantes, reservando a privação de liberdade para *ultima ratio* do sistema, enfatizando as medidas de meio aberto. Daí a importância estratégica fundamental que a Rede de Execução dos Programas de Meio Aberto se faça operacional e efetiva, e não apenas retórica, a produzir estatística.

Uma questão que se impõe é qual o papel, qual a contribuição deste sistema à segurança do cidadão, enquanto reação do Estado em face de delitos praticados por adolescentes.

Daí a necessidade de uma resposta pública capaz de (re)estabelecer a confiança no Direito, despedaçado pelo delito.

Retomando as lições de Jaime Couso, trata-se novamente de superar as crises de confiança cognitiva e de confiança normativa. Confiança cognitiva que resulta da percepção de que as proibições penais serão respeitadas, no plano da prevenção primária e secundária. Já a confiança normativa, resultante da percepção de que se não forem respeitadas as proibições penais a autoridade constituída reagirá frente ao infrator, ou seja, a efetividade do sistema.

Há que se ter em mente que a necessidade de uma retribuição punitiva, se uma sanção, para restabelecimento da confiança normativa abalada, muitas vezes se reduz e até desaparece, a justificar a construção de um modelo restaurativo.

Enfim, a ideia é construir um sistema penal mínimo de adolescente, ao optar por segurança cognitiva (inserção social) para delitos leves e menos graves, mas mantendo uma resposta sancionatória forte para restabelecer a confiança normativa nos casos graves, especialmente se fracassar a possibilidade restaurativa.

Referências Bibliográficas

- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O mito da inimputabilidade penal do adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. V. 5, Florianópolis: AMC, 1998.
- ARMIJO, Gilbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*. San José – Costa Rica: IJSA, 1998.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal. In: *Justicia y Derechos Del Niño*. Número 3. UNICEF: Buenos Aires, 2001.
- COUSO SALAS, Jaime. La Política criminal para Adolescentes y La Ley 20.084. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 11. UNICEF: Santiago de Chile, oct. 2009.
- _____. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 8. UNICEF: Santiago de Chile, nov. 2006.
- GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. *De Menor a Cidadão: notas para uma história do Novo Direito da Infância e da Juventude no Brasil*. Brasília: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.
- KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.
- MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.
- MOTTA COSTA, Ana Paula. *Os adolescentes e seus Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PLATT, Antony. *Los Salvadores Del Niño, o la invención de la Delincuencia*. México: Siglo XXI, 1982.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008.
- SPOSATO, Karyna Batista. *A constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado*. Salvador, “mimeo”, 2012.
- _____. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006.
- TIFFER, Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil: comentada y concordada*. 3ª ed. San José, C. R.: Editorial Jurídica Continental, 2011.
- TODOROV, Tzvetan. *Os Inimigos Íntimos da Democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.
- TOLEDO MACHADO, Martha de. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.
- VAZQUEZ GONZÁLES, Carlos. *Derecho Penal Juvenil Europeo*. Madrid: Dykinson, 2005.
- VOLPI, Mário. *Sem Liberdade, Sem Direitos*. São Paulo: Cortez, 2001.

METAPRINCÍPIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 12.594/12

METAPRINCIPLES FOR THE INTERPRETATION OF THE 12.595/12 ACT

ANA PAULA MOTTA COSTA

Advogada, Socióloga, Mestre em Ciências Criminais, Doutora em Direito,
Professora da Faculdade de Direito da UFRGS e da IMED/Passo Fundo.

Resumo: A implementação da Lei n. 12.594/12, que dispõe sobre a execução socioeducativa e institui o Sistema de Execução Socioeducativo – SINASE, requer parâmetros para sua interpretação. Nessa direção, o presente artigo sugere metaprincípios interpretativos, os quais são descritos como conceituação preliminar que fundamenta a aplicação dos princípios expressos, ou mesmo do conjunto da Lei: da igualdade, vinculado à legalidade, ou à reserva legal; e da equidade, ou da individualização a partir das diferenças. A reflexão proposta persegue a busca de um significado coerente para a intervenção socioeducativa junto aos sujeitos a que se destina e, em última instância, busca a efetividade das medidas socioeducativas a serem aplicadas.

Palavras-chave: Adolescentes. Medidas socioeducativas. Princípios. Igualdade. Equidade.

Abstract: The implementation of the 12.595/12 Act, which regulates the carrying of socio-educational measures for court-involved youth and creates the Brazilian System of Socio-Educational Measures – SINASE, requires parameters for its interpretation. Accordingly, the article suggests a cluster of interpretative metaprinciples, treated here as a preliminary conceptualization that grounds the application of the principles settled by the Act: equality, legality and equity or difference-based individualization. The reflection aims to finding a coherent meaning for the socio-educational intervention and, ultimately, the effectiveness of the imposition of such measures.

Keywords: Youth. Socio-educational measures. Principles. Equality. Equity.

Recentemente foi promulgada a Lei n. 12.594/12, que dispõe sobre a execução das medidas socioeducativas no Brasil. A nova Lei foi resultado de um processo de debates de mais de dez anos, em que segmentos dos operadores do Sistema Socioeducativo – SINASE nacional buscavam identificar parâmetros claros e, ao mesmo tempo, aplicáveis aos diferentes contextos da sociedade brasileira, com o objetivo de que uma regulamentação mais precisa representasse avanços em uma realidade de muitas fragilidades institucionais e normativas.

Encontramo-nos em uma nova etapa: há necessidade de implementar a nova Lei e, para isso, é preciso estabelecer parâmetros para sua interpretação. Neste artigo pretende-se abordar alguns princípios orientadores para tal interpretação, considerando o contexto histórico e político em que está localizada.

A distinção entre princípios e regras – expressões de uso corriqueiro na linguagem jurídica – requer maior explicitação quanto aos significados adotados. Para Robert Alexy, várias distinções são feitas, dependendo do significado atribuído aos próprios conceitos. Adota o autor a conceituação de que regras e princípios são espécies do gênero normas, ou disposições normativas, porque “ambos dizem o que deve ser”. São, portanto, disposições textuais passíveis de interpretação, com diferentes graus de densidade. Princípios são considerados normas com um grau de generalização alto, enquanto que as regras têm grau de generalização mais baixo, sendo mais específicas (ALEXY, 2008, p. 87).

A tarefa de interpretar e aplicar o sistema normativo, como fonte de solução nos casos concretos, é inerente ao fazer cotidiano dos operadores jurídicos, ainda que, ao fazê-lo, justifique o intérprete que apenas está “aplicando a regra da Lei”. O juiz decide sobre situações individuais, intervindo como Estado na vida dos sujeitos, e suas decisões, fruto da interpretação que realiza, devem ter sentido e justificação mais amplo que a simples regra específica.

Em síntese, pode-se dizer que princípios constitucionais, ou de hierarquia constitucional, são normas com conteúdo mais amplo que outras normas de hierarquia inferior e representam caminhos a serem seguidos na interpretação do Direito nos casos concretos. Quando, eventualmente, entram em conflito com outros princípios, sua não aplicação com maior preponderância deve ser justificada, na medida em que não é por acaso que fazem parte do ordenamento jurídico. Têm, portanto, força normativa e conteúdo axiológico.

Como metaprincípios que se encontram implícitos e, de certa forma, explícitos, no sistema normativo voltado à responsabilização de adolescentes, destaca-se dois conceitos essenciais, que não se esgotam isoladamente, mas inter-relacionam-se e complementam-se. Trata-se do princípio da igualdade, vinculado à legalidade, ou à reserva legal; e o princípio da equidade, ou da individualização a partir das diferenças.

1. METAPRINCÍPIO DA IGUALDADE

A noção conceitual de igualdade remonta ao surgimento da sociedade moderna, enquanto etapa histórica localizada em torno do século XVIII e caracterizada pelo fortalecimento do Estado laico, cuja legitimidade fundamentava-se na noção de pacto social iluminista: o contrato social, enquanto reunião de indivíduos em condição de igualdade, que abrem mão de um tanto de sua liberdade, em troca de segurança jurídica e do projeto civilizatório.

O humanismo, característico daquele momento sociocultural, tem seu nascimento entrelaçado à concepção de direito natural, enquanto ideia de indivíduos racionais, vinculados livremente, por meio do contrato social. O direito natural não trata de seres sociais ou contextualizados, mas de “indivíduos”, homens que se bastam a si mesmos, enquanto feitos à imagem de Deus e depositários de razão (DUMONT, 1993, p. 86-96).

Nesse contexto, a igualdade em relação ao Estado faz parte do pacto proposto. Dito de outra forma, faz parte “das regras do jogo” que legitimam a intervenção punitiva do Estado na esfera individual. O tratamento em condição de igualdade – ainda que formal, pois, desde o século XVIII até os dias contemporâneos, nunca existiu um padrão de igualdade material entre as pessoas – é a perspectiva que fundamenta a legitimidade da autoridade limitadora de direitos individuais. Os indivíduos livres só podem ter sua liberdade limitada se forem tratados em igualdade de condições perante o Estado, intermediados pela Lei (BECCARIA, 1999, p. 28-29).

Nesse ponto relaciona-se a ideia de igualdade com a de legalidade. É na legalidade que o Direito Penal moderno encontra sua legitimidade. Expresso na norma “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal), o princípio da legalidade é um divisor de águas na história do Direito Penal. Segundo Claudio Brandão, é possível dividir a história do Direito Penal em dois períodos: período do terror e período liberal. No período do terror, não existia qualquer preocupação com a humanização da repressão penal, não se oferecia nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O período liberal inaugurou a fase científica do Direito Penal e começou com a formulação do princípio da legalidade. O Direito Penal científico é pós-iluminista, é chamado liberal porque tem em seu centro a preocupação com a pessoa humana, tendo como requisitos o fundamento da punição e a legitimidade da pena (BRANDÃO, 2002, p. 31).

O fato é que na época iluminista o Estado de Direito foi constituído a partir do que preconizava o modelo de sociedade sob a ótica liberal individualista, na qual os direitos do indivíduo estavam acima dos direitos da comunidade. Este modelo de Estado está superado nos dias atuais, nos quais vivemos sob a égide constitucional de um Estado Democrático de Direito, no qual o Direito Penal não pode ter somente como objetivo a norma, o que seria uma visão limitada ao positivismo jurídico. A validade da norma depende de sua interpretação contextualizada, levando em consideração os sujeitos em concreto sob os quais ela irá incidir.

Assim, o Direito Penal não pode ser dissociado da realidade política. O princípio da legalidade foi criado em função de responder politicamente ao modelo de Estado totalitário. Não reconhecer a relação que o Direito Penal tem com o mundo político é afastar-se da realidade, na medida em que o modelo de Direito Penal vigente traduz o modo de uso estatal da violência em cada sociedade. No contexto contemporâneo, para além do autoritarismo estatal, a legalidade deve ser limitadora do desejo punitivo da sociedade.

Mesmo porque, um Estado Democrático de Direito é um modelo que une e supera o Estado liberal e o Estado social, entendendo Estado social como garantidor dos amplos direitos sociais a toda a população. Portanto, a partir dessa configuração, a intervenção estatal na liberdade dos sujeitos deve submeter-se aos limites formais e materiais do Estado Social e Democrático de Direito (LUIZI, 1991, p. 24).

A Constituição de 1988 afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e, em vários momentos do ordenamento jurídico, está prevista a intervenção estatal limitada pela legalidade. Trata-se de uma limitação ao *jus puniendi* do

Estado, no sentido de proteger a dignidade da pessoa humana, portanto, de uma garantia fundamental.

Em busca de relacionar tal conceito legitimador da intervenção punitiva do Estado no que se refere ao Estado brasileiro e sua relação com os adolescentes submetidos aos seus mecanismos de poder, pode-se dizer, “sem medo de errar”, que neste ponto se localizava uma das justificativas para a necessidade de uma legislação de cunho regulador da execução socioeducativa, que resultou, depois de mais de dez anos de elaboração, na Lei n. 12.594/12. Tratava-se da ausência de uma regulação mais específica para a execução das medidas socioeducativas. A falta de um referencial normativo mais preciso prestava-se à discricionariedade demasiada e à disparidade entre realidades regionais e jurisdicionais: cada juiz, em contextos distintos deste País, interpretava e aplicava a lei de acordo com seus referenciais de interpretação, resultando em disparidade de procedimentos e de intervenções materialmente constituídas.

Disparidade de tratamento não corresponde à igualdade preconizada, legitimadora da intervenção punitiva. Disparidade de tratamento, pressupõe violação de direitos, na medida em que não considera a isonomia necessária no tratamento das necessidades individuais. Assim, fundou-se a necessidade de uma nova legislação que possibilitasse um maior detalhamento da execução socioeducativa, na perspectiva de construir patamares mais claros de expectativa no sentido do cumprimento da própria legislação, em seus objetivos.

Luiz Luisi refere-se explicitamente sobre a importância da incidência do Princípio da Legalidade, ou da Reserva Legal, nas normas disciplinadoras da execução da pena¹. Ou seja, para além da necessidade da prévia previsão legal de comportamentos para que possam ser criminalizados quando realizadas as condutas em sociedade, também a legitimidade da execução punitiva depende da legalidade de sua condução (LUIZI, 1991, p. 17). Claro que sim, na medida em que a execução da pena, assim como a execução socioeducativa transcorre durante certo espaço de tempo e durante este período vários atos estatais são realizados incidindo sobre a liberdade do sujeito. A legitimidade de tais atos depende de sua legalidade. O tratamento dos sujeitos em condição de igualdade, a partir de parâmetros legais comuns, menos flexíveis no que se refere à perspectiva punitiva, é pressuposto para que não ocorram violações de direitos.

Salo de Carvalho, ao tratar da execução penal, reflete em profundidade sobre a necessidade de legalidade e de respeito às garantias individuais durante a execução das penas. Aborda o autor sobre a necessidade de judicialização da execução penal, como forma de reduzir o poder administrativo e limitar a deliberação sobre temas relativos aos direitos individuais das pessoas privadas de liberdade, submetidas ao poder do Estado (CARVALHO, 2003, p. 164-167).

No âmbito da execução socioeducativa, é “largo” o espaço para a deliberação administrativa sobre a restrição e direitos dos adolescentes, ainda que as medidas socioeducativas aplicadas judicialmente – em meio aberto, ou privativas de liberdade – devam restringir direitos relacionados apenas à liberdade, vários direitos dos adolescentes são atingidos durante a execução, como a integridade física, a

1 – Aqui se utiliza o referencial reflexivo do autor para a análise do tema no campo socioeducativo.

intimidade, a convivência familiar e comunitária, ou mesmo a própria dignidade como pessoa humana. Isso se dá em razão de um histórico processo de institucionalização do controle sociopenal ilimitado e justificado em nome da proteção de pessoas na condição de incapazes em razão da idade (MENDEZ, 1996, p. 57-66).

Nesse sentido, é muito oportuno que a nova legislação destinada à regulação da execução socioeducativa tenha previsto expressamente a necessidade de instituição de um processo judicial de execução (art. 39 da Lei n. 594/12). Acrescenta-se, assim, a partir da nova Lei, ao sistema normativo dos direitos da criança e do adolescente, um novo procedimento judicial, destinado a regular e deliberar a execução das medidas socioeducativas, ainda que aplicadas em sede de remissão (§ único do mesmo artigo). Cabe destacar que a judicialização de procedimentos não garante a observação da legalidade no tratamento dos adolescentes, ou mesmo a igualdade aqui referida, mas permite um controle judicial maior sobre a execução administrativa, além do exercício do contraditório em sede dos processos de execução, o que colabora com a limitação do poder punitivo.

Outro aspecto da nova legislação que merece destaque é a previsão no título VII da referida Lei acerca da necessidade de que as instituições executoras do sistema socioeducativo normatizem seus regimes disciplinares. A importância de tal previsão é significativa frente ao histórico em especial das instituições responsáveis pela execução da medida de internação, que desde os tempos das antigas FEBEMs sempre aplicaram sanções disciplinares, sem questionar a legalidade ou legitimidade de procedimentos. A aplicação discricionária de sanções como forma de controle, sem que antes faltas graves estejam previstas em regimentos e sem que haja um procedimento disciplinar em que exista contraditório garantido, desde a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se dizer que se encontrava longe da legalidade. Porém a nova legislação regulou matéria em maior detalhe, o que se deve salientar como aspecto positivo.

Outros aspectos da Lei n. 12.594/12 são positivos na direção da legalidade. Outros tantos ainda seguem a tradição estatutária e foram redigidos de modo que sua interpretação permita vasta abertura no sentido da discricionariedade. Nesse sentido, justifica-se a exposição aqui realizada: a legitimidade da execução socioeducativa precisa de legalidade, como forma de evitar o tratamento mais punitivo do que prevê a própria medida socioeducativa aplicada, e, portanto, violador de direitos. Assim, propõe-se como metaprincípio para a interpretação da Lei a reserva legal, no sentido da restrição da intervenção punitiva.

Se não pelas razões já expostas, cabe trazer à interlocução a contribuição de Axel Honneth quanto à Teoria do Reconhecimento. Sob tal perspectiva, contribui o autor afirmando que todas as pessoas buscam ao longo de suas vidas reconhecimento como pessoas e, nesse contexto, refere níveis diferenciados de reconhecimento pleiteados. A experiência de reconhecimento é complementada, segundo Axel Honneth, no processo de identificação e pertencimento ao Estado de Direito. Por meio do Estado, as pessoas são reconhecidas como iguais, racionais, livres e detentoras de direitos, comportando-se, em relação aos outros, de uma maneira universalmente válida. Isso diz respeito às relações jurídicas modernas: igualdade e liberdade (HONNETH, 2003, p. 179).

Assim, para que seja efetivo o reconhecimento dos adolescentes no Estado Democrático de Direito e, para que os adolescentes sintam-se parte da coletividade,

respeitados como pessoas, há que os reconhecer em condição de igualdade de tratamento.

2. METAPRINCÍPIO DA EQUIDADE

Igualdade e legalidade não garantem, de outra parte, conteúdo material de tratamento na direção da afirmação de direitos fundamentais. É preciso identificar qual a condição de igualdade que se pretende e qual a legalidade pleiteada. Várias atrocidades foram cometidas na História da Humanidade, respaldadas pela legalidade, neste sentido basta lembrar os regimes autoritários respaldados por lei.

Em especial, a legalidade vista em *estrito senso* não garante que não se pratique, “respaldados pela Lei”, massificação de tratamento, sutis violações de direitos cotidianos, generalizações violadoras, às vezes com consequências mais avassaladoras sobre os sujeitos do que a falta de legalidade formal. É comum observar-se durante a execução socioeducativa práticas judiciais ou administrativas generalizadas – legais em sua justificação –, descomprometidas com a consideração do sujeito em sua particularidade ou diferença. Como exemplo pode-se citar situações em que a medida socioeducativa aplicada levou em consideração apenas a proporcionalidade entre o ato praticado e a gravidade da sanção a ser imposta, sem considerar qual seria a intervenção mais adequada ao caso em concreto². Ou as decisões judiciais em sede de execução que computam o tempo como efeito retributivo, considerando a gravidade do ato praticado, sem levar efetivamente em conta a situação concreta do adolescente em cumprimento³. Em outro contexto, é comum ver-se a defesa judicial dos adolescentes realizada de forma massificada, com reprodução de discursos jurídicos, às vezes sem eco, que impossibilitam que a versão dos adolescentes e suas circunstâncias venham efetivamente ao processo. Ou, ainda (só para continuar exemplificando), a elaboração de planos de atendimento que formalmente estão dentro do preconizado pela Lei⁴, mas que não atingem a individualidade do sujeito, não identificando suas potencialidades.

Sabe-se que todas estas práticas, sutis e cotidianas, em muitas situações, explicam-se diante do grande volume de trabalho das pessoas, ou pela semelhança (em um primeiro olhar) que as situações de diferentes adolescentes têm entre si, ou ainda diante das dificuldades que a estrutura do Estado oferece para que se trate de individualidades. Porém, também reflete falta de compromisso profissional com a intervenção que se está realizando e, principalmente, naquilo que é o propósito deste artigo, a interpretação da legislação sem consideração de um de seus princípios fundantes que é a equidade, ou o tratamento de quem é diferente de forma diferente, como requisito complementar à legalidade,

2 – Neste caso pode-se dizer que a falta de legalidade, na medida em que o § 2º do art. 112 do ECA preconiza que a medida socioeducativa a ser aplicada deverá levar em consideração a capacidade de cumprimento, as circunstâncias, além da gravidade da infração.

3 – Também neste caso pode-se dizer da falta de legalidade, na medida em que no § 2º do art. 42 da Lei n. 12.594/12 consta expresso que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores, que por si sós, justificam a não substituição por medida menos gravosa.

4 – Título IV da Lei n. 12.594/12.

legitimador da justiça⁵. Dito com outras palavras, a falta de individualização na execução socioeducativa, acaba ferindo o princípio da condição peculiar de desenvolvimento, fundamento da Doutrina da Proteção Integral e do sistema de direitos de crianças e adolescentes.

O princípio da condição peculiar de desenvolvimento foi positivado na Constituição Federal como justificativa do tratamento diferenciado, ou tendo como fundamento a necessária equidade em relação aos adultos. De outra parte, trata-se da busca da garantia de igualdade, na medida em que reconhecer as pessoas nessa fase da vida como sujeito de direitos é reconhecê-las como capazes no exercício desses, de acordo com seu respectivo processo de maturidade. Conforme Flávia Piovesan, torna-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. “Faz-se necessária a especificação do sujeito de direitos, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade” (PIOVESAN, 2010, p. 47-50).

Joaquín Herrera Flores faz um contraponto entre os princípios de igualdade e diferença, concluindo que, em oposição à ideia de igualdade, não está a diferença, mas, sim, a desigualdade. Ou seja, as desiguais condições sociais, econômicas e culturais fazem com que alguns tenham menos capacidade para atuar do que outros, sendo que tal dificuldade está relacionada à desvalorização social com que determinados grupos contam, os quais são identificados como diferentes (HERRERA FLORES, 2010, p. 116). As dificuldades, portanto, de quem se situa no campo da diferença, referem-se às suas necessidades reais e concretas, não ao reconhecimento abstrato e normativo.

No que se refere à realidade dos adolescentes, pode-se constatar que há, de modo geral, a dificuldade de ser identificada a sua condição peculiar, situação que é observada em maior ou menor medida em todos os contextos sociais. No entanto, quando se trata de adolescentes pobres, de contextos sociais das periferias, envolvidos com violência, a sua condição peculiar e individual torna-se ainda mais difícil de ser reconhecida. Sendo assim, mesmo se tratando de uma etapa da vida a que todos atravessam, não é possível universalizar os padrões de dificuldade de reconhecimento.

Portanto, o tratamento institucional, social ou jurídico não costuma considerar o sujeito adolescente e seus direitos na dimensão de sua realidade e necessidades. Essa ausência de visibilidade está, em certa medida, relacionada à ausência de consideração sobre sua peculiaridade geracional e cultural. Embora exista reconhecimento normativo do princípio da condição peculiar de desenvolvimento, que se caracteriza como a afirmação legal da diferença a ser considerada na aplicação do Direito, tal reconhecimento, em grande medida, é abstrato, formal e longe das necessidades concretas, especialmente tratando-se da parcela de adolescentes dos contextos sociais de maior pobreza.

Colaborando com a reflexão aqui proposta, Axel Honneth analisa o processo de reconhecimento e considera o conceito de “pessoa” como o indivíduo que “recebe sua identidade primariamente do reconhecimento subjetivo de sua condição jurídica”; “pessoa por inteiro”, de outra parte, diz respeito à obtenção de identidade,

5 – Utiliza-se como referência o conceito de Equidade a partir de Aristóteles. Para o filósofo grego, a ideia de equidade significa a realização plena da igualdade e, por isso, fundamento de justiça. O juiz estaria inclusive autorizado a tomar liberdades em relação à lei, para adaptá-la às circunstâncias, levando em consideração as condições de cada causa em particular. (VILLEY, 2005, p. 62-63)

sobretudo do reconhecimento de sua particularidade por parte da comunidade de valores da coletividade (HONNETH, 2003, p. 147-149).

É necessário, portanto, “reconhecimento” – da condição de pessoa em situação (fase) especial de desenvolvimento –, dos sujeitos em sua individualidade, como cidadãos de direitos e não como objeto do poder dos adultos. O reconhecimento da diferença nada mais é, como afirma Nancy Fraser, do que a busca pelo direito de ser tratado como igual, entre pares sociais. A diferença é o meio do caminho, a forma de estabelecer a peculiaridade, para justificar um tratamento diferenciado rumo à igualdade, ou ao tratamento paritário (FRASER, 2010, p. 182). Em complementação, refere José Carlos Moreira da Silva Filho: “todos são iguais enquanto espécie, e todos são diferentes, enquanto subjetividade” (SILVA FILHO, 2008, p. 80).

A Lei n. 12.594/12 avançou de forma considerável na previsão de exigências na direção da individualização do tratamento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas. Isso ocorre de forma mais contundente na previsão expressa do Princípio da Individualização (inc. VI do art. 35) e na previsão da necessidade da elaboração de um Plano Individual de Atendimento – PIA, como parâmetro legal para a execução socioeducativa (Título IV, art. 52 e seguintes). Infelizmente não basta a consideração formal destes preceitos. É preciso interpretá-los com o olhar de efetiva equidade, diferenciação e individualização. Caso contrário, corre-se o risco de burocratização e procedimentos em torno do PIA e de sua utilização como ampliação da esfera punitiva da intervenção socioeducativa. A individualização precisa ser interpretada em benefício do adolescente, como requisito da dimensão resgate de direitos, como uma das dimensões da medida socioeducativa.

Tudo isso, se não por outra razão, é necessário como garantia da efetividade da medida socioeducativa. A experiência de trabalho nesta área faz-se perceber que a medida socioeducativa só atinge algum resultado em relação ao sujeito a que ela se dirige se o considera efetivamente como pessoa, em sua individualidade cultural, social e emocional.

A peculiaridade é uma especificidade, que reconhecida, permite a consideração do sujeito desde o seu lugar de fala, desde o seu mundo, de sua realidade cultural. Reconhecer o sujeito nessa dimensão de pessoa por inteiro, significa considerá-lo cidadão em condição de igualdade.

3. IGUALDADE E EQUIDADE COMO METAPRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO COMBINADA COM OS PRINCÍPIOS PREVISTOS NA LEI N. 12.594/12

A Lei n. 12.594/12 dispõe, em seu art. 35, acerca de princípios que devem reger a execução socioeducativa:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da lei 8069/90;

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

A partir da literalidade da Lei, é possível interpretar cada um dos princípios expressos como manifestações derivadas do princípio da igualdade, enquanto legalidade, e do princípio da equidade, como expressão do necessário reconhecimento da individualização da medida socioeducativa em sede de execução.

Como complemento, cabe salientar a especificidade dos princípios da brevidade e excepcionalidade, o qual fazem parte do conteúdo normativo em geral do campo do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto limitador do poder de intervenção do Estado, seja na liberdade dos adolescentes, seja no contexto familiar. Portanto, trata-se de uma derivação do Princípio da Legalidade, com previsão expressa considerando-se o histórico tutelar e de institucionalização da infância, que caracterizou por longo período a intervenção do Estado brasileiro – e ainda caracteriza –, bem como a morosidade que tem sido a realidade da atuação dos vários órgãos estatais na solução de situações que envolvem crianças e adolescentes.

O tempo, portanto, é um dos fatores que atuam na constituição de prejuízos. O tempo do processo judicial, o tempo de espera na fila, o tempo na espera de um atendimento familiar qualificado, o tempo da medida socioeducativa de internação, o tempo de aguardar o acesso a um defensor, o tempo até o dia da visita familiar, o tempo até o dia da audiência... O tempo não é uma categoria independente do contexto social.

Como afirma François Ost, “o tempo institui...”. O tempo nas instituições reguladas pelo Direito, separado da vida real, permite que seus efeitos sejam instituintes. Ou seja, mesmo na inércia, mesmo sem decidir, o Estado, por meio de suas instituições jurídicas, decide sobre a vida dos adolescentes, enquanto crescem e aguardam “a decisão” sobre seu destino. Como afirma o autor, buscando referência na lei da entropia física: “Quanto mais o tempo passa, mais a energia se dissipa e mais a desordem aumenta”. Seria possível reverter a ampulheta do tempo? Não para parar o tempo, mas para defini-lo como mais humano? Esta é uma das perguntas do autor, que, em última instância, está a questionar se é possível ser o Direito mais humano.

Nessa direção, o princípio da brevidade e excepcionalidade busca a humanização do tratamento estatal aos adolescentes. Que seja excepcional tal intervenção, só em último caso, diante de uma necessidade imperiosa, regida pela legalidade. Que seja breve, no menor tempo possível, para que esse tempo não seja instituinte da realidade.

Brevidade e excepcionalidade, assim, acrescentam conteúdo ao modelo gradativo de intervenção previsto no sistema normativo dos direitos da criança e do adolescente. Quando a intervenção estatal tiver conteúdo segregador, deve ser breve e utilizada como último *ratio*. Portanto, se estiver justificada tal intervenção, em razão dos interesses da sociedade, devem ser constatados os efeitos negativos de tal intervenção, cabendo agir o mais rápido possível visando a reduzir danos inerentes.

De outra parte, cabe referir que o modo de sobrevivência adotado pelos adolescentes das periferias das grandes cidades brasileiras é resultado de múltiplas influências, as quais passam pelas famílias a que pertencem, suas origens sociais e étnicas, e pelas comunidades onde vivem, com presença maior ou menor de estruturas de Estado paralelas. Também compõem seu universo normativo as regras do grupo de outros jovens com quem convivem, que os influenciam, conforme as exigências para pertencimento. Por outro lado, estão conectados com a cultura do mundo globalizado, escutam as mesmas músicas e vestem-se como os jovens em outros cantos do mundo, como se fossem “universais”.

Nessa interconexão, vê-se que entre as referências utilizadas está o Direito estatal, enquanto limite interventivo, punitivo. Entretanto, muitas vezes, atuação autoritária dos órgãos estatais perde legitimidade na medida em que não dialoga com a realidade onde a intervenção irá impactar, porque parte de uma perspectiva estritamente universal. Nessa direção, o privilégio preconizado pela Lei n. 12.594/12 às alternativas de mediação de conflitos e de medidas restaurativas, pressupõe o reconhecimento dos adolescentes contextualizados, ou seja, desde sua individualidade e diferença em relação à maioria. Assim, as possibilidades de restauração após o conflito, ou de mediação, na busca de uma melhor solução, encontram efeito mais significativo para os envolvidos.

Adolescentes em execução de medidas socioeducativas são parte de uma sociedade complexa, na qual inúmeros fatores, ao mesmo tempo, incidem sobre suas realidades de vida. A atuação nesta realidade exige também uma “perspectiva complexa”, com dimensão intersetorial e pautada na incompletude. Sob esse enfoque, o caminho a ser seguido deve ser o de buscar lidar com o todo a partir da leitura o mais aprofundada possível das situações e de suas inter-relações (MORIN, 1998, p. 239-254).

Os adolescentes e suas famílias, assim definidas a partir de suas relações de afeto e de vínculo, fazem parte de uma determinada comunidade e de um território. Devem ser compreendidos desde este lugar situado e a partir de suas potencialidades, com o objetivo de ofertar instrumentais para o seu crescimento e para a construção de seus projetos de vida. A autonomia dos sujeitos, portanto, deve ser valorizada e a condição de decidir seus próprios caminhos deve ser respeitada. Somente nessa direção, conclui-se, a execução das medidas socioeducativas pode encontrar alguma efetividade e significado para os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DUMONT, Louis. *O Individualismo. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela (org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- HERRERA FLORES, Joaquín. La Construcción de las Garantías. Hasta una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela (org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- HONNETH, Axel. *Luta pelo Reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: HUCITEC, 1996.
- MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. In: _____; PRIGOGINE. Ilya et al. *A Sociedade em Busca de Valores. Para Fugir à Alternativa entre o Ceptismo e o Dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas regional e global. In: _____; SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela (org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OST, François. *O Tempo e o Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Direitos Humanos, Dignidade da Pessoa Humana e a questão dos Apátridas: da identidade à diferença. *Direito e Justiça*. Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 67-81, jul./dez., 2008.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL

AFONSO ARMANDO KONZEN

Procurador de Justiça aposentado, advogado, consultor independente, professor de direito da criança e do adolescente na Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e membro da Coordenação do Programa *Justiça para o Século 21, instituindo práticas restaurativas na Justiça Juvenil de Porto Alegre*.

Resumo

Reflete o ensaio sobre o reconhecimento do princípio da *discriminação positiva* no contexto do atendimento do adolescente autor de ato infracional. Além de se referir aos fundamentos e situar algumas das suas consequências jurídicas em tutela da liberdade do adolescente, resume o princípio no seguinte enunciado: *em situação de fato e em circunstâncias idênticas, nada justifica que o adolescente seja submetido a alguma consequência privativa ou restritiva de sua liberdade em que o adulto não o seria ou de alguma forma mais severa do que se adulto fosse*.

1. Introdução

Tem sido crescente o esforço dos operadores jurídicos da área da infância e da juventude para justificar, com maior clareza e consistência doutrinária, o marco teórico de referência para o atendimento do adolescente autor de ato infracional. Apesar das incompreensões, dos arroubos de subjetividade e da sobrevivência de eventuais ditos sentencias manifestamente discricionários, consolida-se cada vez mais o reconhecimento de que a principal e a mais importante função do sistema tem como fundamento a tutela da liberdade do adolescente. Em consequência, o dever do estrito cumprimento das normas reguladoras do atendimento presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e a aproximação com os institutos jurídicos de tutela da liberdade situados no campo do Direito Constitucional, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Assim, para além da escolha do termo mais adequado para nominar o sistema, se *Direito Penal Juvenil*, *Direito Socioeducativo* ou *Direito Infracional*, o referido sistema está em vias de ingressar em tempos de maior maturidade, pela compreensão, cada vez mais frequente na doutrina e também na jurisprudência, que a liberdade do adolescente, por óbvio, também constitui direito humano fundamental, com o que descabe a sua restrição ou privação, ou a respectiva manutenção no tempo, exceto nos limites de prévia e estrita autorização legal e desde que observadas todas as garantias jurídicas de resistência à pretensão deduzida previstas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

A aproximação dos fundamentos do atendimento do adolescente autor de ato infracional aos princípios e fundamentos da tutela da liberdade do Direito Constitucional, do Direito Penal e do Direito Processual Penal, no entanto, não está isenta de riscos. Do mesmo modo como os atolados no passado menorista negam a natureza penal das medidas socioeducativas e, em decorrência, toleram, convivem ou até mesmo sustentam a transgressão ou a minimização de garantias jurídicas, há aqueles que se aproveitam da aproximação como oportunidade para a equiparação. São perspectivas, de um lado, em que se comprometem garantias jurídicas em nome da realização de uma suposta finalidade educativa. Tal finalidade como função do sistema, no entanto, quase sempre está insuficientemente justificada, notadamente pela falta de contemporaneidade das teorias pedagógicas defensoras da privação ou da restrição da liberdade como método.

Do outro lado, aproveita-se a existência de garantias jurídicas como mote para atribuir ao sistema papéis há muito superados até mesmo pelas teorias penais mais ortodoxas. Estão ali aqueles que visualizam na privação ou restrição de liberdade o remédio para satisfazer a sanha punitiva ou na sanção penal a solução milagrosa e única para prevenir a delinquência. Para conviver com tais extremos, o princípio da *discriminação positiva* pode servir como excelente critério para iluminar a distinção e limitar a aproximação entre o sistema de responsabilidade penal destinado ao adolescente e o sistema de responsabilidade penal destinado ao adulto.

O propósito do presente ensaio está, pois, em refletir sobre o sentido do princípio da *discriminação positiva* no contexto dos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral e das normas procedimentais do Estatuto da Criança e do Adolescente e, desse modo, contribuir para a eliminação de toda forma de discriminação negativa do adolescente em relação ao infrator adulto, não só por ocasião da aplicação da medida, mas também no transcurso da execução da medida aplicada.

2. Origem, resumo e fundamentos do princípio

A recomendação tem assento no item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil¹: “*com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem*”. Na mesma tonalidade, recomenda o subitem 3.1 do item 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude²: “*as disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos*”.

1 – Documento acertado no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do delito e tratamento do delinquente, também conhecido como *Diretrizes de Riad*.

2 – Adotadas pela Resolução n. 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, documento também conhecido como *Regras de Beijing*.

Depreende-se, a partir dos referidos ditos da normativa internacional, que o infrator à lei penal e que ainda não é adulto pela lei nacional deve ter resposta menos severa do que a resposta aplicável, em circunstâncias idênticas, ao infrator adulto. No máximo, resposta similar, de igual severidade, jamais de severidade maior. Logo, em situação de fato e em circunstâncias idênticas, nenhum adolescente pode ser processado por razões em que o adulto não o seria. Assim como nenhum adolescente, em situação de fato ou em circunstâncias idênticas, pode ser submetido à consequência a que não seria suscetível o infrator adulto. Ou, do mesmo modo e de forma mais específica ainda, a nenhum adolescente pode ser infligida medida com repercussões no âmbito da sua liberdade por tempo superior a que seria, em circunstâncias idênticas, suscetível de ser aplicada à pessoa adulta. Tampouco pode admitir-se que alguma garantia assegurada ao infrator adulto não possa ser assegurada da mesma forma ao infrator juvenil. Todas essas consequências poderiam ser resumidas em um só enunciado: *em situação de fato e em circunstâncias idênticas, nada justifica que o adolescente seja submetido a alguma consequência privativa ou restritiva de sua liberdade em que o adulto não o seria ou de alguma forma mais severa do que se adulto fosse.*

Em síntese, pelo princípio da *discriminação positiva*, nada justifica que o adolescente não tenha alguma garantia jurídica de tutela da sua liberdade que esteja sendo reconhecida como instrumento de tutela da liberdade ao infrator adulto. O que se poderia admitir, na admissão de que alguma garantia diferente deva ou possa existir, é que a diferença deveria obrigatoriamente beneficiar a tutela da liberdade do adolescente. Se o fato, por exemplo, por alguma circunstância, é atípico para o adulto, não pode ele ser típico para o adolescente. Se há alguma circunstância condicionante do proceder ou atenuante da resposta ou que de alguma forma torne a consequência menos severa para o adulto, nada justifica que esses mesmos elementos também não produzam efeitos iguais ou mais benéficos ao adolescente. Ou seja, em relação a toda infração à lei penal e em relação a toda circunstância, o tratamento dispensado ao adolescente deve ser menos severo do que se adulto fosse. No máximo poder-se-ia admitir tratamento igual, jamais tratamento mais severo.

Como preceito subjacente à fundamentação de todo o sistema de garantias em tutela da liberdade do adolescente, presta-se o princípio da *discriminação positiva* para compreender a verdadeira dimensão do conceito de inimputabilidade penal. Inimputabilidade não mais como sinônimo de irresponsabilidade penal, mas com o sentido de responsabilidade penal diferenciada, já que o adolescente está sujeito às normas da legislação especial³, e tais normas preveem medidas de natureza penal, visto que todas elas produzem repercussões negativas no campo da liberdade. Aliás, como é por demais sabido, está exatamente nesta particularidade

3 – Vide art. 228 da Constituição Federal. Sobre o sentido da inimputabilidade como sinônimo de *imputabilidade diferenciada*, vide SILVA, Antônio Fernando do Amaral. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD, ABMP, SEDH e UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 49 e ss.

a principal distinção entre as medidas de proteção⁴ e as medidas socioeducativas⁵. As primeiras têm a função de tutelar direitos da criança e do adolescente e, por isso, a sua aplicação é instituidora de responsabilidades para terceiros⁶. Já as medidas socioeducativas são instituidoras de responsabilidade pessoal para o autor da conduta, com o conseqüente sacrifício de um dos seus direitos fundamentais, no caso, o direito à liberdade. Nesse contexto, em face das repercussões das medidas socioeducativas no terreno da liberdade, seria incompreensível que tais repercussões pudessem ser mais severas para o adolescente do que seriam, em situação de fato e em circunstâncias idênticas, para o infrator adulto. Inimputabilidade, assim, além do sentido de imputar de forma diferenciada, precisa ser compreendida como a forma autorizada pela Constituição para imputar com menor rigor ou com menor intensidade, pena de gravame inaceitável ao próprio sentido do conceito de inimputabilidade positivado na Carta Magna Brasileira.

Como se percebe, os fundamentos do princípio da *discriminação positiva* dialogam com a proteção do principal interesse tutelado, no caso, a liberdade do adolescente. Liberdade, aqui, como direito humano fundamental destacado pelo art. 5º da Constituição Federal. Ou, no dizer de SARLET⁷, um direito humano fundamental de primeira dimensão, de cunho marcadamente individualista, mas que afirma ao indivíduo o direito de resistência ou de oposição perante as ações coativas dos agentes do Estado. Tal direito, ao lado de outros, como o direito à vida, à igualdade de todos perante a lei e à segurança, está na esteira da dignidade da pessoa humana e, por isso, também empresta sentido ao próprio estado democrático de direito que constitui a República, nos termos do art. 1º da Constituição Federal.

Os fundamentos do princípio da *discriminação positiva* não derivam, dessa forma, exclusivamente das recomendações da normativa internacional. Estão implícitos no conceito constitucional da inimputabilidade e nas garantias jurídicas de tutela da liberdade. E se havia alguma dúvida sobre a sua pertinência infraconstitucional, a recente Lei Federal n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012, consagrou expressamente o referido princípio como ínsito ao princípio da legalidade, ao dizer, no inc. II do art. 35, que a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelo princípio da legalidade, “*não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*”. A formalização normativa do princípio como especificidade da execução das medidas não retira a sua obrigatória presença no âmbito do procedimento de apuração do ato infracional em todas as suas fases, já que o princípio da legalidade, por óbvio, não é uma particularidade da execução, mas constitui-se no principal valor de referência para o proceder de todo o sistema.

Admitir, dessa forma, que o adolescente seja submetido a medidas com repercussão no âmbito da sua liberdade em que o adulto não o seria ou de forma

4 – Art. 101 do Estatuto.

5 – Art. 112 do Estatuto.

6 – Sobre as especificidades do sistema de proteção da criança e do adolescente, *vide* KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do Sistema de Proteção da Criança e do Adolescente. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 71. Porto Alegre: AMP/RS, 2012, p. 85-111.

7 – SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48-49.

mais severa do que se adulto fosse, ou com a negação de alguma garantia jurídica conferida ao adulto, representa grave ofensa à tutela do direito à liberdade, direito humano fundamental indisponível da universalidade dos cidadãos brasileiros e acerca do qual, em face da condição pessoal do adolescente como pessoa em desenvolvimento, somente pode admitir-se discriminações positivas, jamais negativas.

3. Efeitos jurídicos do reconhecimento do princípio

Pela doutrina brasileira, a disciplina jurídica do atendimento ao adolescente autor de ato infracional remete, tanto no âmbito material como procedimental, à estrita observância da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Parece que sobre tal assertiva não há qualquer dissenso, no máximo alguma reclamação pela opção do constituinte de 1988 e do legislador do Estatuto de 1990⁸. Por conseguinte, também por expressa previsão legal, incidem as normas do sistema penal⁹ e do sistema processual pertinente¹⁰. E se, de um lado, como já referido, ainda existem aqueles que negam tais incidências e sequer admitem a aproximação¹¹, de outro, há os que visualizam na regulamentação da apuração de ato infracional praticado por adolescente a incidência e a aproximação não somente necessária, mas indispensável e obrigatória. Para estes últimos, o que está na pauta, na condição de primeiro e mais importante interesse jurídico a ser tutelado, é o direito à liberdade, direito fundamental e indisponível de toda pessoa humana.

São testemunhas da referida aproximação, por exemplo, as súmulas sobre a matéria do Superior Tribunal de Justiça¹². Por que, pela Súmula n. 108, a aplicação das medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional é da competência exclusiva do juiz? Ora, os autores do edito certamente formularam a conclusão com base na natureza do interesse tutelado, no caso, a liberdade, direito público subjetivo e acerca do qual inexistente qualquer possibilidade de disposição, sequer pelo titular do interesse, tanto assim, nos termos da Súmula n. 342, no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Pela mesma razão, nos termos da Súmula n. 338, a prescrição penal é aplicável às medidas

8 – “O outro grande equívoco do Estatuto está em, a pretexto de proporcionar ao adolescente os mesmos direitos e garantias do adulto, impor-lhe o sistema penal” (CAVALIERI, Alyrio. In: SIQUEIRA, Liborni. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 177).

9 – Sob a perspectiva material, é o art. 103 do Estatuto que remete à integral incidência dos preceitos de garantia regulamentados pela legislação penal.

10 – Vide art. 152 do Estatuto. No dizer de Watanabe, a aplicação subsidiária “Está, evidentemente, mencionando as normas gerais contidas, em linha de princípios, no [...] Código de Processo Penal”. WATANABE, Kazuo. *Dos Procedimentos*. In: CURY, Munir (org.) *et al. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10^ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 740.

11 – Sobre os enredos da Justiça Juvenil com o paradigma do Bem-Estar, vide KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Alteridade: limites e frestas para os porquês da Justiça Juvenil*. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano IX, n. 49. São Paulo: Editora IOB, 2008, p. 178-198.

12 – Vide Súmulas n. 108, 265, 342 e 492 do STJ.

socioeducativas e, pela Súmula n. 265, é necessária a oitiva do *menor infrator* (*sic*) antes de decretar-se (*sic*) a regressão da medida socioeducativa. Trata-se, por isso, em razão da natureza mesmo do interesse tutelado, de matéria tipicamente jurisdicional, que pressupõe, como condição para a privação ou a restrição da liberdade, não só a oferta da possibilidade do exercício da resistência, insita à garantia processual do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, mas o pronunciamento de mérito sobre o fato e a demonstração da necessidade da resposta.

Está mais do que posto, no contexto em exame, que a privação da liberdade na adolescência perdeu a sua pertinência jurídica como estratégia para a tutela de eventual outro interesse de determinado adolescente. Se algum outro interesse está na pauta da tutela, este diz respeito a terceiro, no caso, o direito à segurança de cada um e de todos em geral. Aliás, tais bens jurídicos, o direito à liberdade e o direito à segurança, têm a mesma hierarquia constitucional¹³, e, por isso, a única justificativa para a privação da liberdade de determinada pessoa, em face das respostas de natureza penal, está na sua exata relação com a necessidade da tutela do direito à segurança dos demais. Ainda assim, a tutela da segurança deve submeter-se aos estritos limites da lei. Nesse sentido, ao contrário do que sustentam os alinhados com a natureza tutelar da medida¹⁴, a aproximação às garantias materiais e instrumentais do Direito Penal e do Direito Processual Penal é indispensável até mesmo para retirar do rol de critérios para a escolha da medida o critério puramente retributivo e para fazer incidir outros critérios, como a capacidade de cumprimento e a necessidade pedagógica, critérios de escolha de medidas menos graves ou para a escolha de medidas de proteção, como, aliás, expressamente recomendam o § 1º do art. 112 e o art. 113 do Estatuto.

Assim visto, percebe-se, em resumo, que o sistema de tutela material e instrumental da liberdade, previsto e regulamentado pelo Estatuto, instalou na estrutura infraconstitucional o poder de resistir ao poder estatal de restringir ou privar o direito à liberdade, no que é inexpressiva, senão inexistente, na essência, eventual distinção entre a possibilidade de resistência garantida ao infrator adulto e a possibilidade de resistência oferecida ao infrator juvenil, como, aliás, anota MACHADO¹⁵, com muita pertinência. No mesmo sentido, são as lições de SARAIVA, para quem os adolescentes “*têm todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento*

13 – Vide art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

14 – À luz da dimensão jurídica da tutela da liberdade, soa profundamente estranha, desarrazoada, injusta e, até mesmo, patética e anacrônica, a negativa da natureza penal das medidas socioeducativas e a consequente negativa de diálogo como as garantias materiais e instrumentais do Direito Penal e Direito Processual Penal.

15 – MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 199.

que ostentam”¹⁶. E, também, SPOSATO¹⁷, COSTA¹⁸ e SHEGARIA¹⁹, só para exemplificar.

FERRAJOLI, ao analisar o terreno privilegiado em que estão sendo concebidas as garantias dos adolescentes autores de atos infracionais nas legislações dos países latino-americanos e ao expor as razões da escolha do direito penal mínimo como paradigma, “*incomparavelmente menos grave e mais respeitoso em relação ao adolescente do que o velho sistema ‘pedagógico’ das chamadas ‘sanções suaves’ impostas informal, e de fato, arbitrariamente*”, afirma, dentre as três razões²⁰ de sustentação do paradigma escolhido, “*o rigoroso respeito de todas as garantias penais e processuais – da taxatividade dos delitos à compreensão da ofensa e da culpabilidade, da carga da prova ao contraditório e ao direito de defesa – impostas ao sistema de responsabilidade penal juvenil, mesmo reconhecendo-os [os adolescentes] como inimputáveis*”²¹.

A tutela jurisdicional da liberdade do adolescente caracteriza-se, segundo DE PAULA, essencialmente pelo rigor formal, exigindo-se, dentre outros, o atendimento a requisitos para a constituição e desenvolvimento regular do processo²². Trata-se de um modelo de garantias em que se oferece ao adolescente a possibilidade de exercer a resistência à pretensão acusatória, com a conseqüente oferta da instrumentalidade correspondente. O sistema processual é do tipo acusatório²³,

16 – SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 75 e 96.

17 – Afirma SPOSATO: “*O desafio é garantir que essa via alternativa de responsabilização não seja mais severa e aguda do que a via tradicional que se pretende evitar*” (SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006, p. 81).

18 – COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e do Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

19 – SHEGARIA, ao comentar o princípio da legalidade, afirma que os principais países que formularam reformas legislativas após o advento dos muitos tratados influentes na matéria da criminalidade juvenil tenderam a adotar garantias explícitas no sentido de que nenhum ato que não seja considerado delito, nem seja sancionado quando o comete um adulto, deve ser considerado delito, não sendo objeto de sanção, quando seja cometido por um jovem. Ver SHEGARIA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008, p. 141/142.

20 – As outras duas razões a que se refere Luigi Ferrajoli consistem, a primeira, pelo “*recurso ao Direito Penal como extrema ratio e, conseqüentemente, pela despenalização total dos delitos cometidos pelas crianças... assim como pela despenalização da delinquência pequena e sem importância dos adolescentes*”; e, a outra razão, “*pela diminuição das penas juvenis, através da existência, na maior parte dos casos, de medidas socioeducativas alternativas à privação de liberdade e somente em casos extremos de utilização deste tipo de medida, por outra parte rigorosamente limitada em sua duração e intensidade*”. FERRAJOLI, 2003, p. 11-12.

21 – FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e Democracia na América Latina. In: *Revista do Juizado da Infância e da Juventude*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, ano III, n. 6/7, 2003, p. 11-12. Versão original in: MENDEZ; BELOFF, 2004, p. XXIII a XXVII.

22 – PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114-115.

23 – Sobre o sistema acusatório e suas propriedades, ver THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

que, apesar do que ainda contém de resquícios de natureza inquisitorial²⁴, instaura relação de natureza triangular. Em uma das bases da relação, a pretensão acusatória, papel exclusivamente reservado ao Ministério Público, já não mais em tutela do adolescente, como fazia o antigo *curador de menores*, mas em tutela da ordem jurídica e dos interesses da sociedade. Na outra, a possibilidade da resistência, papel exercido pela defesa, por meio de advogado ou Defensor Público regularmente constituído, com a função de demonstrar ao titular da jurisdição o necessário para avaliar as causas para a desconstituição da conduta como ilícita e, quando isso não for possível, as circunstâncias para a escolha da medida menos grave. No topo do triângulo, a jurisdição, em posição de neutralidade em face do mérito da pretensão deduzida.

Em relação processual, assim estruturada, as partes, situadas em polos opostos, têm a mesma pretensão de convencer o juiz por uma solução favorável. Por isso, antes de escolher a medida, a obrigação de julgar o mérito do fato. Julgado o mérito²⁵, a escolha da medida fica vinculada às circunstâncias e à gravidade do ato infracional, o primeiro critério para a definição da resposta, a proporcionalidade entre fato e consequência. Em momento posterior, a submissão da medida escolhida à verificação da capacidade de cumprimento, o que pode deslocar a medida escolhida para uma medida mais leve ou para um tempo de menor duração. Por último, como critério de confirmação das escolhas anteriores, a verificação da possibilidade de a medida escolhida ser acrescida ou, até mesmo, substituída por medida de proteção. Nesse terceiro e último passo da individualização, as medidas de proteção destinam-se à tutela de outros direitos do adolescente, como o direito à educação ou à saúde, por exemplo, especialmente nas situações em que fica demonstrado que, na falta da efetiva garantia de outros direitos, reside a causa da prática da infração.

Como se vê, o princípio da *discriminação positiva* não incide somente na fase procedimental em que se investiga o mérito do fato, mas repercute na fase da individualização, pela presença de critérios que levam em consideração, de um lado, a possibilidade da escolha de medidas proporcionais à gravidade e às circunstâncias do fato, e, de outro, chamam ao exame a verificação da capacidade de cumprimento e a possibilidade das medidas restritivas ou privativas da liberdade serem substituídas por medidas de proteção. Vale dizer, a fase da individualização impõe à jurisdição o dever de encontrar a resposta ao ato infracional sem a utilização dos parâmetros de reprovação situados no artigo 59 do Código Penal. No lugar, critérios que se fundam na busca por respostas de menor gravidade ou intensidade do que se adulto fosse.

No modelo de garantias do Estatuto, percebe-se, assim, o desejo de que a medida aplicada, para ser justa, deve causar o menor mal estar possível para o

24 – Sobre o ranço inquisitivo, ainda presente no processo penal brasileiro, pela presença do art. 156 do Código de Processo Penal, LOPES Jr., Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, 2002, p. 103.

25 – Vide no art. 189 do Estatuto as razões para a não aplicação de medida, razões, todas elas, vinculadas ao fato no lugar das condições pessoais do adolescente processado.

adolescente²⁶. Por isso, a necessidade de um duplo juízo de avaliação. O primeiro, de justificação ou de não justificação da conduta. O segundo, e tão-só na hipótese de não justificação da conduta, da gravidade e da intensidade da resposta. Como se trata de externar juízo de valor em relação a um evento do passado e que traz consequências no âmbito da perda ou da restrição da liberdade, o sistema de garantias do adolescente, como também ocorre no sistema penal dos adultos, tem a forma como valor, a forma como *ultima ratio*, a forma como garantia. E a forma como garantia é uma opção política em favor da proteção do indivíduo como o mais fraco na relação com aqueles que exercem o poder estatal de impor a medida, aqui, mais do que a nenhum outro, um poder-dever conferido ao Estado-Juiz que, no proceder de apuração e também no proceder de execução, exige limites às partes e também exige limites de si mesmo.

Se a oferta ao adolescente de garantias jurídicas sujeitas ao crivo do princípio da *discriminação positiva* tem por finalidade a aplicação de respostas menos severas, fazem redobrado sentido, por exemplo, as matérias sumuladas pelo STJ. Assim como a estrita observância do direito à individualização²⁷, com o conseqüente dever de fixar, em qualquer hipótese, o tempo máximo da medida. E há inúmeras outras repercussões. Como admitir, *v. g.*, o proceder do Ministério Público contra o adolescente em relação aos tipos penais em que, no mundo do adulto, a iniciativa é privativa do ofendido? Em relação a tais tipos penais, se a lei não autoriza o proceder do Ministério Público e não regulamenta o proceder do ofendido, as condutas passam para o campo da atipicidade, pena de grave ofensa ao princípio da legalidade e a conseqüente admissão de que o adolescente pode ser submetido à consequência restritiva ou privativa da liberdade onde o adulto não o seria. Da mesma forma, em relação aos tipos penais sujeitos à prévia representação do ofendido. Admitir que o Ministério Público pudesse deduzir a representação sem a presença da aludida condicionante significa a admissão da possibilidade de que o adolescente pudesse ser processado onde o adulto não o seria. Como último exemplo, vê-se que no mundo do infrator adulto está consolidada, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, a atipicidade das condutas de insignificância ou de natureza bagatela. Como admitir que em atos infracionais de pequeno valor o adolescente possa ser processado, se a conduta é atípica?

O rol de questões aqui lembradas é meramente exemplificativo. Cada uma delas mereceria análise em particular e mais aprofundada. No entanto, no limite da pretensão do ensaio, as questões lembradas são suficientes para constatar que a correta interpretação e incidência do princípio da *discriminação positiva* não deixa qualquer margem para a tergiversação ou para a discricionariedade. Em face da

26 – Segundo FERRAJOLI, a pena tem por finalidade, “além do máximo bem-estar possível aos não desviantes, também o mínimo mal-estar necessário aos desviantes... sendo que não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

27 – Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*. Se a privação ou a restrição da liberdade e a suspensão ou a interdição de direitos é sanção de natureza penal para o adulto, por que não seria para o adolescente?

indisponibilidade do direito fundamental à liberdade de todo sujeito, seja adulto ou adolescente, o poder de restrição ou da privação só tem uma única alternativa: submeter-se. Limitar o poder punitivo passou a ser, nos termos das teorias penais do garantismo contemporâneo, função primeira do Direito Penal. E, nesse sentido, em face da natureza do interesse tutelado, por que esta também não seria a primeira e a mais importante função do sistema socioeducativo?

Em conclusão

A reflexão sobre o sentido das garantias jurídicas em tutela da liberdade do adolescente possibilita a revisão crítica das certezas e das justezas estabelecidas. E apresenta-se como um convite, como uma oportunidade para repensar. Pensar especialmente a partir das conquistas positivadas pelo movimento garantista, cuja importância para a superação do abuso ou do uso do poder à revelia das especificidades de cada indivíduo é indesmentível, já que pressupõe a instalação de um maior equilíbrio entre o poder estatal de impor as medidas e a possibilidade de poder resistir. Repensar, por isso, não pode significar o abandono das particularidades próprias do proceder em face da infração à lei penal na adolescência, mas a apropriação de novos elementos, próprios da carteira principiológica com origem no movimento garantista e ainda longe de se constituir em realidade universalmente aceita e praticada. Dessa forma, se há eventuais carências e lacunas na incorporação de garantias jurídicas no proceder para a apuração do ato infracional ou para a execução da medida aplicada, deve haver espaços para a revisão crítica do existente, do ainda existente e do ainda não existente.

Apesar das evidentes conquistas e dos avanços normativos, doutrinários e jurisprudenciais, sobrevive a evidência de que o adolescente está sendo submetido a consequências mais severas do que se adulto fosse. Notadamente quando a jurisdição especializada, sob a influência do passado *menorista*, sente-se autorizada a exercer o tradicional discurso de reprimenda moral próprio da tradição antecedente, discurso esse que há muito deveria ter sido abandonado. Como resultado, além da reprimenda, medidas socioeducativas totalmente fora do contexto do fato e suas consequências. Em desdobramento, a atitude de remeter o exame das garantias jurídicas para plano secundário. A expectativa está, pois, que a psicologia punitiva que, em geral, acompanha os procedimentos da justiça criminal do adulto, seja distinta na justiça juvenil. As relações poderiam ser menos hostis e, em desdobramento, o ritual de apresentação e de escuta sem o caráter dissuasório do linguajar muito comum no trato do *delinquente* adulto. No entanto, não basta ao adolescente a prática de outra percepção subjetiva. Impõe-se aos operadores do sistema a real compreensão do efeito da medida socioeducativa de restrição ou de privação da liberdade.

A medida justa é aquela compatível com a gravidade do fato e com a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Nesse particular, pouco difere o adolescente do adulto. Tem ele, assim como qualquer pessoa adulta, a expectativa da decisão justa. Aliás, a justiça da decisão é o pressuposto indispensável para que o atendimento, no transcurso da execução da medida, possa fundar-se em princípios, valores e práticas compatíveis com os processos pedagógicos,

possibilidade que se nutre de metodologias que não colocam em segundo plano o protagonismo voluntário do educando e tampouco a percepção das necessidades a serem atendidas.

Referências

CAVALIERI, Alyrio. In: SIQUEIRA, Liborni. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e do Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do Sistema de Proteção da Criança e do Adolescente. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 71. Porto Alegre: AMP/RS, 2012, p. 85-111.

_____. Justiça Restaurativa e Alteridade: limites e frestas para os porquês da Justiça Juvenil. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano IX, n. 49. São Paulo: Editora IOB, 2008, p. 178-198.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Infância, Lei e Democracia na América Latina. *Revista do Juizado da Infância e da Juventude*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, Ano III, n. 6/7, 2003.

LOPES Jr., Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD, ABMP, SEDH e UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 49 e ss.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006, p. 81.

SHEGARIA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WATANABE, Kazuo. Dos Procedimentos. In: CURY, Munir (org.) *et al. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CRITÉRIOS PARA O RECEBIMENTO DA REPRESENTAÇÃO E PARA A FIXAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NA LEI N. 12.594/12

CRITERIA FOR THE RESORTING OF PROCEEDING AND FOR SENTENCING IN LAW 12.594/12

EDUARDO REZENDE MELO

Juiz de Direito no Estado de São Paulo,
Mestre em Filosofia pela PUCSP e em Estudos Avançados em
Direito da Criança pela Universidade de Friburgo – Suíça.
eduardormelo@uol.com.br

Resumo: Este artigo visa a discutir as inovações legais trazidas pela Lei n. 12.594/12 ao procedimento legal em relação a adolescentes em conflito com a lei, fundamentalmente em dois campos: a admissão de uma acusação formal contra adolescentes e os critérios para a imposição de sanções quando condenado. Baseado em princípios que reconhecem a legalidade, a prevalência de medidas restaurativas e a proibição de imposição de tratamento mais gravoso que o conferido ao adulto, o artigo defende que novas restrições foram colocadas ao Ministério Público para a acusação de um adolescente. Com referência à condenação, a nova lei define três objetivos para as medidas: desaprovação da conduta, responsabilização e integração social, mas também sua finalidade, impondo uma distinção conceitual e de critérios específicos para a definição da medida adequada e proporcional ao ato praticado a ser imposta ao adolescente e, por ocasião da execução, da realização de sua finalidade.

Palavras-chave: Apuração de ato infracional. Condições para recebimento de representação. Critérios para fixação da medida socioeducativa. Objetivos e finalidade da medida. Inovações legais. Lei n. 12.594/12.

Abstract: This article aims to discuss the legal innovations brought by Act 12.594/12 to the legal procedure to adolescents in conflict with law, mainly in two domains: the admission of a formal accusation against the youth and the criteria for imposition of sanctions when convicted. Based on principles that recognize due process of law, legal prevalence of restorative measures and the prohibition to impose a harder treatment to adolescents in comparison to those reserved for adults, the articles states that new restrictions have been created for Prosecutors to charge an youth. Regarding conviction, the new law defines three objectives for

measures: disapproval of the conduct, accountability and social integration but also its purposiveness, imposing a conceptual distinction and of criteria for the selection of the adequate measure to be imposed for each of the objectives and to establish the accomplishment of its finality, during its execution.

Keywords: Legal procedure. Adolescents in conflict with the law. Conditions for formal accusation. Criteria for imposition of measures. Objectives and finality of measures. Legal innovations. Act 12.594/12.

Introdução

A Lei n. 12.594/12, vulgarmente conhecida como Lei do SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, traz importantes inovações para o processo de conhecimento na justiça juvenil, notadamente em relação aos requisitos e critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa.

Critérios para o recebimento da representação

Embora com alguma impropriedade de redação, passível de gerar dúvida ao intérprete, a Lei n. 12.594/12 incorpora princípios ao sistema socioeducativo que em muito transcendem à mera execução, como faria crer o *caput* do art. 35.

Com efeito, vários dos princípios ali indicados dizem respeito à própria possibilidade de imposição das medidas socioeducativas, quando não da instauração do processo judicial.

Este é o caso, por exemplo, dos incisos I a III. Analisemo-los por parte. O inciso prescreve a observância da:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

O inciso em questão tem raiz no art. 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil), que já prescrevia na década de 80 não poder o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

Neste primeiro momento, é fundamental uma revisão de certos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

A observância do princípio da legalidade, com a ênfase na observância de não se dar ao adolescente um tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto, visa, de um lado, à reiteração da inadmissibilidade do apenamento de condutas desviantes, mas que não constituem condutas tipificadas como crimes (as *status offences*)¹.

Todavia, ainda persiste entre nós o entendimento de que, sendo a ação socioeducativa pública incondicionada, poder-se-ia desconsiderar o desejo da vítima de ver processado o adolescente autor de ato infracional equiparado a crime condicionado a representação².

1 – Cf. art. 56 das Diretrizes de Riad e Comentário n. 10 do Comitê dos Direitos da Criança, §§ 8 e 9.

2 – ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e jurisprudência*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 375, invocando entendimento do TJSP em RT n. 681/328.

Ora, tal posicionamento afronta o entendimento da doutrina criminal de a representação ter natureza de instituto de direito material, tanto assim que, decorrido o prazo decadencial, conduz à extinção da punibilidade³ e que, por conseguinte, a desconsideração da vontade da vítima para o processamento penal implica, sim, um tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido ao adulto.

Isto ainda é mais evidente quando se tem presente que o inc. III do mesmo art. 35 – como será analisado mais à frente – reclama que se atenda às necessidades da vítima, de modo que o processamento de tais crimes, se a vítima assim não o desejar, atentaria contra os direitos tanto do adolescente como da vítima.

Se assim é, mais ainda é o caso das ações de iniciativa privada, todas a demandar prévia manifestação de interesse de seu processamento por parte da vítima, como já indicam alguns julgados também do TJSP, que sustenta “dever ficar claro o propósito que anima a vítima ou representante legal de ver instaurado o procedimento contra o adolescente autor da infração”⁴. Não o havendo, não pode ser recebida a representação, sob pena de violação do aludido princípio da legalidade (art. 35, inc. I, da Lei n. 12.594/12).

Um segundo inciso fundamental – e que mais claramente evidencia o quanto os princípios extrapolam a mera execução das medidas socioeducativas – é o II e que deve ser interpretado conjuntamente com o III, cujos termos são os seguintes:

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

Ora, se o princípio trata da excepcionalidade da intervenção judicial, está a referir-se ao próprio processo de conhecimento, vale dizer, à sua instauração e, em decorrência, à imposição de medidas, ambas condições para a existência de um processo de execução de medidas socioeducativas.

Cuida-se de uma decorrência de prescrições da Convenção que estabelece em seu art. 40 três valores e princípios fundamentais intimamente relacionados à justiça restaurativa. Com efeito, prescreve que todo adolescente acusado de ter infringido a lei penal tem o direito a ser tratado de modo a:

1. “promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor”, portanto que o processo tenha um caráter emancipatório, valorizando sua condição de sujeito de direito e por conseguinte responsável;

2. “fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros”, permitindo entrever a abertura a um processo dialógico, que é ínsito à justiça restaurativa; e

3. “se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade”, com ênfase na garantia de seus direitos sociais e, novamente, à sua emancipação pessoal.

3 – JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, ano??, p. 52, citando jurisprudência do E. STF (HC n. 74.708, 2ª Turma, Rel. Min. Nélson Jobim, j. 19-12-97, RT n. 751/527).

4 – *JTJ LEX* n. 148/114.

Neste quadro, como bem declara o mesmo artigo em seu parágrafo segundo, isto não pode se alcançar sem respeito ao princípio da legalidade e notadamente às garantias processuais penais (presunção de inocência, assistência jurídica, brevidade processual, não ser obrigado a confessar e ter respeitada sua privacidade).

Decorrência disto e base para os incisos em comento, dita o referido art. 40, § 3º, alínea “b”, da Convenção, 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”.

Dando as diretrizes hermenêuticas deste dispositivo, o Comitê de Direitos da Criança, do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, em seus Comentários à Convenção de n. 10, aponta a necessidade de a justiça juvenil adotar, entre outras coisas, medidas alternativas como a remissão e a justiça restaurativa, de modo que se possa conciliar o interesse superior da criança com os interesses de curto e longo prazo da sociedade em geral.

Ora, de acordo com o § 10 desses mesmos Comentários, o interesse superior da criança, na justiça juvenil, significa justamente que os tradicionais objetivos da justiça penal, como repressão/castigo, devem ser substituídos pelos de reabilitação e de justiça restaurativa e que são coerentes com a efetiva segurança pública, tratando-se estes meios de intervenção sem utilização de procedimentos judiciais um dos elementos centrais de uma política compreensiva de justiça juvenil (seção IV dos Comentários).

Com efeito, e em consonância com o estabelecido no § 3º do art. 40 da Convenção, os Comentários assinalam a necessidade de previsão de uma série de medidas que não suponham o recurso a procedimentos judiciais, sempre que seja apropriado ou desejável (§ 24). Essas medidas, como deixam bem claros os Comentários em seu § 25, não se limitam a delitos leves, nem aos primários, porque em questão está sempre evitar a estigmatização e o envolvimento comunitário, como tem se visto em diversos programas, dentre os quais os de justiça restaurativa (§ 27).

Nesta fase inicial, merece cuidadosa fundamentação por parte do Ministério Público o não encaminhamento a programas de justiça restaurativa, senão a concessão de remissão, dos(aos) adolescentes supostamente autores de atos infracionais de menor potencial ofensivo ou daqueles de média gravidade, notadamente quando não tenham antecedentes.

Em decorrência deste entendimento, torna-se clara a dimensão destes princípios: eles colocam limites à discricionariedade do Ministério Público para a formulação de uma acusação formal por meio de representação. Presentes os requisitos para a proposição de meios de autocomposição de conflitos, notadamente pela justiça restaurativa, não cabe o oferecimento de representação.

Embora a legislação nacional seja limitada na definição de quais seriam estes pressupostos para os meios alternativos de solução destes conflitos, a Resolução n. 12, de 2002, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que trata da justiça restaurativa, pode ser parâmetro para esta interpretação. Considerada *soft law*, pelo direito internacional, vale dizer, princípio geral do direito para efeito de interpretação (art. 6º do ECA), a saber:

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional.

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente *quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor*. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais (grifos meus).

8. *A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso* sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior (grifos meus).

9. *As disparidades que impliquem em desequilíbrios*, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo (grifos meus).

10. A *segurança* das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução (grifo meu).

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, as autoridades deverão, ainda assim, estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

No mesmo sentido, são colocados os requisitos para esta intervenção sem recursos a procedimentos judiciais por parte do Comitê de Direitos da Criança, em seu Comentário 10, § 13.

Portanto, havendo prova suficiente de autoria, consentimento livre e voluntário da vítima e do adolescente a quem se imputa a autoria do ato, deve-se realizar estudo social prévio ao oferecimento da representação para avaliação da existência de disparidades que impliquem desequilíbrios e/ou questões de segurança que possam eventualmente desaconselhar a justiça restaurativa. Não as havendo, é imperativa a derivação do caso para programas de justiça restaurativa.

Não o propondo o representante do Ministério Público, deve o magistrado submeter o caso ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP.

Fundamental ter-se presente que, de igual modo, a análise do cabimento e pertinência da justiça restaurativa pode dar-se no curso do processo, notadamente após a apresentação do adolescente e oitiva da vítima⁵. Com efeito, para além do disposto no art. 127 do ECA, que prevê tal possibilidade de remissão como forma de extinção do processo, sem uma condenação formal, o Comitê de Direitos da Criança reitera que se deve explorar continuamente possibilidades alternativas à condenação judicial, devendo-se sempre apresentar ao adolescente meios de

5 – Sobre a aplicabilidade de justiça restaurativa em casos graves, especialmente de roubo, e o procedimento observado, confira-se o relatório do projeto “Reconhecer, responsabilizar-se, restaurar. Novas metodologias de justiça restaurativa com adolescentes e jovens em conflito com a lei.” Fonte: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/ReconhecerResponsabilizar-seRestaurar.pdf>>.

suspender o procedimento legal, que deve ser extinto se os termos acordados com o adolescente forem devidamente satisfeitos⁶.

Dos critérios de fixação da medida socioeducativa

Uma vez recebida a representação e não sendo o caso de derivação a programas de justiça restaurativa no curso do processo, e observado o contraditório e a ampla defesa com a produção de provas para a efetiva caracterização do injusto, é fundamental a análise das contribuições trazidas pela Lei n. 12.594/12 quanto aos critérios de fixação da medida socioeducativa na sentença.

A lei previu no art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.594/12 três objetivos para as medidas socioeducativas:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Ao prever a desaprovação da conduta infracional como objetivo, a lei demarca o conteúdo sancionatório da medida socioeducativa, colocando em pauta o campo de exercício do juízo de proporcionalidade da resposta estatal à vista da ação cometida, como reclamado pelo art. 40, § 4º, da Convenção, de caráter vinculante constitucionalmente cf. art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, e também lembrado pelos arts. 5.1 e 17.1 das Regras de Beijing.

O ECA apresentava referências bastante singelas para a dosimetria da medida. Previa, com efeito, a necessidade de consideração da gravidade da infração, das circunstâncias de sua prática e da capacidade de o adolescente cumprir a medida imposta, nos termos do art. 112, § 1º.

A lei procura estabelecer critérios complementares a este juízo de proporcionalidade, que é ínsito à individualização da medida, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLVI, da CF.

O primeiro, relacionado à consideração da gravidade da infração, busca estabelecer um patamar máximo de desaprovação da conduta ao ditar, no art. 35, inc. I, da Lei n. 12.594/12, fundado no art. 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil), que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

Ora, embora o senso comum tenha incorporado a referência ao patamar máximo de três anos para a medida de internação como limite de privação de liberdade (art. 121, § 3º, do ECA), não se é de olvidar que o próprio Estatuto autoriza a progressão, ao cabo desse prazo, para a medida de semiliberdade – também privativa de liberdade, senão de liberdade assistida. Portanto, em tese, nada impedia que, na prática, fosse possível privar o adolescente de liberdade por

6 – Comentário n. 10 do Comitê, § 24.

até seis anos, com o cumprimento de três anos de internação, seguidos de outros tantos para de semiliberdade (art. 120, § 2º, do ECA) e sua progressão à liberdade assistida, indicando que a sanção ao adolescente encontrava legalmente apenas um patamar máximo efetivo de duração, a idade de 21 anos como limite para aplicação das regras do Estatuto (art. 2º, parágrafo único, do ECA).

De outra banda, o parâmetro é de toda importância também em relação aos crimes de menor potencial ofensivo. Não é raro verem-se exemplos de adolescentes sendo sancionados por ameaças ou lesão corporal com sanções temporalmente mais duradouras do que aquelas em tese passíveis de serem aplicadas aos adultos, quando não de natureza mais afitivas, por exemplo, com obrigação de prestar serviços à comunidade, quando ao maior seria meramente imposta uma sanção pecuniária.

Deste modo, ao prever a lei que a sentença disporá acerca do parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei, reclama a fixação do tempo total de sanção, independentemente de sua natureza, privativa de liberdade ou restritiva de direito.

Não se há, assim, de minimizar a importância do *quantum* de desaprovação em favor da necessidade pedagógica do adolescente⁷, sob pena de se cair em um indeterminismo e numa discricionariedade que em tudo viola o princípio da proporcionalidade inerente à Justiça.

Portanto, ainda que torne este juízo de proporcionalidade mais trabalhoso do que aquele feito para o adulto, por haver de levar em consideração aquilo que seria aplicado ao maior de idade para então observar-se os critérios específicos à socioeducação, é fundamental – inclusive para efeitos pedagógicos ao adolescente – que se lhe apresente a sanção que poder-lhe-ia ser aplicada se adulto fosse, observados os critérios do art. 59 do CP e notadamente as atenuantes decorrentes de sua menoridade.

Este critério fornece, por conseguinte, parâmetros máximos não apenas à duração, mas também à avaliação da natureza da medida a ser aplicada.

Este parâmetro máximo, todavia, há de ser entendido como limite, não como meta a ser observada, até mesmo porque as próprias Regras de Beijing ditam que as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível (art. 17.1, “b”), inclusive para evitar o etiquetamento como “delinquente” ou “extraviado”, consoante a lição das Diretrizes de Riad (art. 4, “e” e “f”).

Nesta linha de raciocínio, a Constituição Federal já previa a excepcionalidade e brevidade de qualquer medida privativa de liberdade a adolescente em conflito com a lei (art. 227, § 3º, V, da CF), reiterando o previsto no art. 40, § 4º, da Convenção, de que a medida privativa de liberdade há de ser o último recurso a adotar em resposta à conduta infracional.

O ECA previu claramente os requisitos para a medida extrema, de privação de liberdade em seu art. 122, vale dizer, ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa (excluindo-se a possibilidade de sua aplicação a tráfico de

7 – KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76/77.

entorpecentes, conforme Súmula n. 492 do STJ⁸), de reiteração de outras infrações graves ou de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

Por isso, o juízo de proporcionalidade reclama critérios complementares para determinar a análise de sua natureza em casos de adolescente em conflito com a lei.

Para deixar clara a diferença de gravidade entre as medidas previstas no art. 112 do ECA, o art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 dita claramente que a medida de internação é reputada mais grave que a de semiliberdade e que esta o é em relação às medidas restritivas de direito. De igual modo, a liberdade assistida há de ser considerada mais grave em relação à prestação de serviços à comunidade e esta, em relação à reparação de danos. A de advertência é a medida mais branda prevista no Estatuto.

Restritas as possibilidades de escolha da natureza da medida de acordo com a avaliação do que poderia caber ao adulto e dos critérios limitativos para a fixação de medidas privativas de liberdade, cabe ao magistrado, como uma segunda etapa deste juízo de desaprovação da conduta, a consideração da individualização da medida, tendo em mente uma discriminação positiva em relação aos adolescentes, conforme a sua idade na época de cometimento do ato infracional.

Com efeito, embora o ECA não seja explícito a respeito, as referências à capacidade do adolescente e às circunstâncias da infração no art. 112, § 1º, remetem necessariamente à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos termos do art. 6º do mesmo Estatuto. Ora, o art. 5º da Convenção indica, em paralelismo, que a capacidade da criança para o exercício de seus direitos e para a sua responsabilidade é igualmente sujeita a evolução, colocando, deste modo, um critério claro de gradação de sua participação e de sua responsabilidade, perante a família, sociedade e Estado.

Não por outra razão, a Recomendação do Conselho de Ministros do Conselho Europeu de n. 11/08 relativo a regras europeias para adolescentes em conflito com a lei sujeitos a sanções ou medidas, ao disciplinar a imposição e implementação de sanções ou medidas a ofensores, prevê igualmente, ao lado da gravidade da ofensa, a consideração da idade e das capacidades individuais do adolescente, inclusive dimensões físicas e mentais⁹. No mesmo sentido o Comitê de Direitos da Criança, em seu Comentário n. 10, que inclui ainda uma culpabilidade menor, as necessidades do adolescente assim como as necessidades de longo prazo da própria sociedade (§ 25). Portanto, ao adolescente entre 12 e 14 anos, quando não até os 15 anos de idade, conforme a situação, a reprovabilidade é atenuada em comparação àqueles de idade superior.

Não se há de olvidar tampouco a referência ao art. 59 do Código Penal como fundamental para a consideração tanto das circunstâncias agravantes ou atenuantes dos arts. 61 e 65 como das causas de aumento ou diminuição de pena. Confissão (art. 65, inc. III, *d*), desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15), ou ao

8 – A Súmula n. 492 do STJ estabelece que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

9 – Fonte: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1367113&Site=CM>>.

menos posterior (art. 16 do CP), são hipóteses frequentes em condutas cometidas por adolescentes, mas nem sempre reconhecidas com o peso jurídico que a lei lhes atribui.

Outros critérios para o juízo de proporcionalidade e de individualização são recomendados pelo UNICEF em seu *Guia para reforma legislativa na Justiça Juvenil* e que auxiliam na compreensão do que seja a capacidade de cumprimento da medida, conforme preceituado pelo ECA, em seu art. 112, § 1º, dentre os quais:

- realizações positivas ou condutas favoráveis, ainda que não relacionadas à infração;
- desenvolvimentos promissores recentes;
- bom caráter anterior;
- admissão da responsabilidade em estágio inicial e cooperação com a polícia;
- prontidão para procurar ajuda em relação a dificuldades pessoais, como uso de droga;
- desvantagens sociais ou educacionais, incluindo uma criação pobre¹⁰.

Verifica-se, neste contexto, que também para a desaprovação da conduta é fundamental o estudo do caso por assistentes sociais e eventualmente psicólogos, como prescreve o art. 186 do ECA e recomendado igualmente pelo UNICEF no guia acima aludido para propiciar condições de fundamentação da sentença.

Um dos fatores fundamentais passíveis de análise pelo estudo social é o apoio familiar, favorecendo ou não a contenção socializadora por parte da família, como um elemento adicional para a gradação da medida a ser aplicada e avaliação da capacidade de cumprimento por parte do adolescente (art. 112, § 1º, do ECA), quando não uma família que, embora disfuncional, esteja aberta à mudança e ao recebimento de suporte.

Outra questão fundamental é ter presente que, nos termos do art. 113 do ECA, é aplicável por ocasião da análise da medida os princípios estatuidos no art. 100 da mesma Lei, colocando a necessidade de levar em consideração as necessidades pedagógicas por ocasião da aplicação das medidas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários e que, para tanto, devem observar alguns princípios regentes, sobretudo para que não recaia sobre o adolescente responsabilidades que são de terceiros.

Com efeito, ao prever a responsabilidade primária e solidária do poder público (inc. III), a intervenção precoce (inc. VI) e mínima (inc. VII) como princípios regentes da aplicação das medidas de proteção, não é possível que a medida socioeducativa seja imposta como supedâneo de fragilidades sociais a que esteja exposto o adolescente, inclusive por conta de disfunção familiar ou pela falta de atendimento ou de efetividade de políticas públicas.

A fixação do prazo máximo de cumprimento da medida é grande inovação da Lei n. 12.594/12. Não há, portanto, um mínimo a ser cumprido, pois a Lei prevê a

10 – UNICEF. *Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice*, p. 83. Fonte: <http://www.unicef.org/policyanalysis/files/Juvenile_justice_16052011_final.pdf>.

possibilidade de extinção da medida anteriormente a tal prazo previsto em sentença, desde que realizada a sua finalidade socioeducativa, conforme art. 46, inc. II, da Lei n. 12.594/12.

Neste passo é fundamental compreender a distinção conceitual estabelecida pela lei entre objetivo da medida e sua finalidade. Não se trata de uma discussão singela e que mereceria um estudo mais aprofundado, sobretudo pelas raízes etimológicas e filosóficas em questão.

Resumidamente, todavia, objetivo é aquilo que corresponde ao objeto e, portanto, na teoria do conhecimento, é o próprio ato do conhecimento (para a escolástica), a realidade objetiva (cognoscível, portanto contraposta ao subjetivo, para Kant), ou tudo aquilo que pode ser sujeito de um juízo (se nos ativermos à fenomenologia husserliana)¹¹, como intersubjetivamente válido¹². Trata-se, portanto, da atividade inerente ao juízo de aplicação da medida socioeducativa na sentença do processo de conhecimento, indicando a lei os diversos campos a serem considerados, vale dizer, os três objetivos propugnados nesta análise.

A finalidade, como *télos*, é a realização deste complexo de objetivos, ou de fins, vale dizer, a relação entre um complexo de coisas, ou de acontecimentos, e um fim, designando uma certa forma de organização ou de ordem¹³, um término de um processo¹⁴, ativando e combinando diversos elementos ou condições simultâneas com vista a um efeito de conjunto¹⁵.

Embora esta finalidade não tenha sido explicitada na lei, ela o é claramente na Convenção, em seu art. 40, ao prever que os autores de atos infracionais devem ser tratados de modo a:

- a) Promover e estimular seu sentido de dignidade e valor.
- b) Fortalecer o respeito da criança (leia-se adolescente) pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros.
- c) Para estimular a sua reintegração e desempenho construtivo na sociedade.

Para alcançar estas finalidades, metas não de ser estabelecidas, inclusive temporalmente para todas as medidas. Neste sentido, ao disciplinar o plano individual de atendimento (PIA), os arts. 54 e 55 preveem a definição dos objetivos visados pelo adolescente e, quando privado de liberdade, a fixação de metas para desenvolvimento de atividades externas.

Trata-se, portanto, de uma lógica fomentadora do reconhecimento do esforço do adolescente, como está claramente assinalada no art. 11, III, c, da Lei n. 12.594/12, ao prever a concessão de benefícios extraordinários e enaltecimento,

11 – MORA, Ferrater. *Diccionario de Filosofia*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 2603/2064.

12 – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou Editora, 1982, p. 693.

13 – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou Editora, 1982, p. 435.

14 – MORA, Ferrater. *Diccionario de Filosofia*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 1356.

15 – LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 416. No mesmo sentido, HOFFMANN, Th. S. verbete “Zweck”, in: RITTER, Joachim *et alli*. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel: Schwabe AG Verlag, 2004, p. 1483.

tendo em vista tornar público o reconhecimento ao adolescente pelo esforço realizado na consecução dos objetivos do plano individual. Inclui-se, assim, uma dimensão de sanções positivas para o bojo da execução, dentre as quais a prévia extinção da medida pelo cumprimento de sua finalidade há de consagrar a contemplação de metas estabelecidas, especialmente para os demais objetivos da medida: a responsabilização e a integração social.

Trata-se de uma consequência do reconhecimento da evolução da capacidade do adolescente, nos termos do art. 5º da Convenção, que se reflete na prevalência pedagógica da medida, nos termos do art. 100, c. c. o art. 113, do ECA.

Por isso, a homologação do PIA pela Justiça, se eventualmente realizada em audiência, como previa o projeto original, autorizado pelo princípio da oralidade e tradicionalmente recomendado pela doutrina¹⁶, seria oportunidade primeira de fomentar positivamente a participação do adolescente, nos termos do art. 12 da Convenção, corresponsabilizando-o na definição das metas a serem observadas pela Justiça. Se não, por ocasião da audiência de reavaliação prevista no art. 42 para as medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação no prazo máximo de seis meses.

Este pêndulo, da delimitação temporal e da natureza da sanção negativa à execução pautada pela consecução da finalidade socioeducativa mediante o sancionamento premial, inclusive com a extinção precoce da medida, está presente igualmente em relação aos demais objetivos igualmente e que lhe dão o conteúdo propriamente sociopedagógico, pelo qual será analisado o atingimento de sua finalidade: a responsabilização e a integração social.

São estas, de caráter mais flexível, que buscam atingir os objetivos aludidos no *caput* do art. 40 da Convenção, dando um foco integrador, responsabilizador e construtivo ao seu conteúdo, como, aliás, recomenda o UNICEF em seu aludido Guia e o prescreve o Comitê de Direitos da Criança, ao ditar, em seu Comentário 10, que uma abordagem exclusivamente punitiva não está em acordo com os princípios regentes previstos no art. 40, § 1º, da Convenção (§ 25).

A responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas de sua conduta não deve ser entendida com o viés meramente retributivo, como faria crer uma aproximação com o disposto no art. 387, IV, do CPP, pelo qual, na sentença condenatória, o Juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

É certo que a lei prevê a imposição da medida de reparação de danos para se dar concretude à responsabilização propugnada. Todavia, são os princípios previstos em lei, notadamente aqueles dos incisos II e III do art. 35, que dão o contorno a este objetivo, aproximando-o dos fundamentos da justiça restaurativa.

Se a doutrina reconhece que a justiça restaurativa não pode ocorrer sem algum conceito de uma responsabilidade passiva¹⁷, há de se fazer neste contexto

16 – LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 171. SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 151.

17 – BRAITHWAITE, John; ROCHE, Declan. Responsibility and restorative justice. In: BAZEMORE, Gordon; SCHIFF, Mara. *Restorative Community Justice: repairing harm and transforming communities*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001, p. 64.

um certo paralelismo entre o que se deu em relação ao objetivo de desaprovação, para o qual a lei dá os critérios objetivos de definição de duração e natureza da resposta estatal, abrindo espaço para uma intervenção socioeducativa enaltecadora dos esforços do adolescente que permita a extinção precoce da medida, e aquilo que pode ocorrer no âmbito da responsabilização, na qual a intenção principiológica legal é de fomento de autonomia crítica e de uma responsabilidade ativa.

Com efeito, contrariamente à busca da mera dissuasão pautada pelo castigo, a responsabilização não se coaduna com uma mera definição sobre quem responde pelos danos, mas sim com uma ênfase socioeducativa de fomentar:

- a) uma adequada percepção das violações à norma;
- b) a consideração das consequências da conduta em relação a terceiros e a si mesmo;
- c) a autonomia de proposição de respostas a um terceiro vitimado;
- d) a assunção séria de obrigações sociais¹⁸.

Ora, esta responsabilidade ativa só é possível de ser estimulada por meio de metodologias específicas que criem redes de interdependência pessoal, com a família e a rede social de apoio do adolescente e, se possível e autorizado em sentença, com a participação da vítima, de modo que esta resposta surja como cooperativa¹⁹, como uma decorrência natural do encontro interpessoal e da troca de valores que funda o convívio social.

Como a responsabilização está intimamente ligada à compreensão das consequências lesivas da conduta em relação à vítima, as necessidades declaradas pelo ofendido, mais que uma remuneração meramente quantitativa e financeira, tornam-se o cerne deste objetivo da medida socioeducativa. Com efeito, o art. 35, inc. III, da Lei n. 12.594/12 é taxativa quanto à prioridade de práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades da vítima, e não do Estado-órgão de acusação ou Estado-Juiz.

Por isso, a sentença deve ser clara quanto aos contornos de responsabilização passíveis de serem perseguidos em execução, notadamente mediante consulta prévia à vítima durante o momento de inquirição. A sentença, como título executivo, é a delimitadora das ações que se podem exigir do adolescente no processo socioeducativo, não sendo aceitável que, sem autorização legal ou judicial, lhe seja proposto encontro com terceiros, notadamente a vítima, por implicar um agravamento das restrições de sua liberdade²⁰.

Incumbe, assim, ao magistrado delimitar a reparação de danos pecuniária ou – nos casos em que não houver resultado lesivo material – a autorização de adoção

18 – *Idem, ibidem*, p. 64-65.

19 – *Idem, ibidem*, p. 66.

20 – Sobre o princípio da legalidade na execução socioeducativa e na adstrição da execução à sentença como título executivo, confira LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

de práticas restaurativas, com ou sem a participação da vítima, ou outras ações que se espera do adolescente, abrindo-se-lhe campo de diálogo e de debate com os demais envolvidos com oportunidades de escolha dos meios de responsabilização, desde que pautada pela perspectiva de autocomposição e de restauração pela participação da vítima e, por isso, mais fundada nesta rede de suporte social do que em uma escolha individual do adolescente²¹.

A dimensão socioeducativa desta abertura decorre dos desafios colocados por Foucault para evitar que a afirmação da norma, ou de procedimentos e saberes, convertam-se meramente em dominação, suprimindo espaços de liberdade que podem favorecer um outro modelo de responsabilidade.

O filósofo descrevia, com efeito, a relação corrente com a norma como “estado de dominação”, em que os conjuntos de regras de produção da verdade são dissimétricos, fixos, com pouca margem de liberdade e conduzindo a taxações e classificações (como o louco, o doente mental, o delinquente), tornando o sujeito sempre passivo diante de um sistema de coerção²² no qual há necessariamente uma relação de poder baseada em um conjunto de regras de produção de verdade, de transmissão de saber e de comunicação de técnicas. Em contraposição, torna-se para ele fundamental a abertura de possibilidade de que as pessoas vejam-se envolvidas em *processos participativos* que as reconduzam, de uma relação de si para consigo mesmas, à relação com o outro, permitindo-lhes apropriar-se, no conflito, da regra em jogo e, dessa forma, permitir também que a própria regra possa se expressar de maneira concreta, singular²³, coerente com os sentidos colocados pelos participantes.

É neste sentido que emerge a responsabilidade ativa da justiça restaurativa, isto é, quando o processo participativo de apropriação da regra e de construção da justiça e justeza dos comportamentos passa pela possibilidade do debate, do diálogo coletivo, que atendam às suas necessidades recíprocas. Por meio desse debate, as pessoas poderão abrir e compartilhar seu entendimento de toda uma rede de conceitos conexos (propriedade, intencionalidade, vontade, liberdade, consciência, consciência de si, sujeito, eu, pessoa, comunidade, decisão, disciplina, etc.). Só o fato de poderem entrar em questão, serem desconstruídos, esses conceitos garantem um lugar para a reconstrução da justiça²⁴, de uma justiça que terá no próprio adolescente o seu autor.

É importante frisar, neste passo, inexistir qualquer impedimento da adoção de práticas restaurativas apenas na fase de execução, como o próprio Escritório das Nações Unidas para Droga e Crime (UNODC) o reconhece em seu manual²⁵.

21 – BRAITHWAITE, John; ROCHE, Declan. Responsibility and restorative justice. In: BAZEMORE, Gordon; SCHIFF, Mara. *Restorative Community Justice: repairing harm and transforming communities*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001, p. 70.

22 – FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits, L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté*. Paris: Gallimard, 1994, vol. IV, p. 708-729.

23 – DERRIDA, Jacques. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994, p. 38-39.

24 – DERRIDA, Jacques. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994, p. 45 e 35.

25 – UNODC. Handbook on restorative justice programmes, p. 64. Fonte: <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf>. Acesso em: nov. 2012.

Todavia, não se pode impor ao adolescente tal participação, havendo de se observar, neste tocante, de igual modo, os critérios previstos pela Resolução n. 12/02 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, já referidas, para a sua proposição, vale dizer, a efetiva admissão de responsabilidade pelo ato praticado, a voluntariedade de participação em metodologias restaurativas, que lhe sejam esclarecidas e oferecidas, bem como havendo segurança para todos os envolvidos. Não o aceitando, remanesce a dimensão de responsabilização passiva para reparação dos danos fixada em sentença.

Esta vinculação da responsabilidade ativa com uma perspectiva de corresponsabilidade e de conexão a redes liga intimamente o objetivo de responsabilização ao de integração social.

Com efeito, implicando responsabilidade por danos materiais, é fundamental que desde a sentença se preveja a contemplação no plano individual de atendimento e no processo de execução da profissionalização do adolescente e sua inserção no mercado de trabalho como um direito do adolescente correlato a uma obrigação que se lhe impõe o Estado para atendimento da necessidade das vítimas.

O objetivo de integração social, favorecendo a garantia de seus direitos individuais e sociais, é expressão do dever coletivo de garantia da proteção integral de todo e qualquer (criança e) adolescente, nos termos do art. 3º do ECA.

Para a análise deste objetivo, é fundamental a realização de estudo social, como prescrito no art. 186, § 4º, do ECA, sendo inaceitável a declinação de sua realização, permitindo ao magistrado, para além das medidas socioeducativas, definir quais as medidas de proteção cabíveis, com fundamento nos arts. 101 e 112, inc. VII, ambos do ECA.

Todavia, diferentemente dos demais objetivos, que têm um caráter aflitivo claro, de desaprovação e de responsabilização, ainda que se lhes possa dar um conteúdo promotor de uma responsabilidade ativa, a integração social foca a promoção de direitos sociais. Ao Juiz incumbe identificar os direitos violados e que possam ter correlação com a expressão da conduta delinquente por parte do adolescente, buscando, por meio da sentença, determinar o atendimento das necessidades ali expressas pela efetivação de seus direitos.

Tratando-se de direitos, não se pode, contudo, impor sanções ao adolescente em caso de não observância daqueles, tanto é assim que o próprio Estatuto retira da alçada de intervenção do magistrado a atribuição de fazer cumprir tais medidas, prevendo cuidar-se de incumbência do Conselho Tutelar. Compete ao magistrado determinar que se oficie ao referido Conselho para observância do disposto no art. 136, inc. VI, do ECA. É, portanto, impensável a decretação de uma internação-sanção a um adolescente que não tenha cumprido medida de matrícula e frequência obrigatória a estabelecimento de ensino ou de tratamento, ainda que de drogadição.

Todavia, se a falta de adesão a metas de integração social comprometem a realização das finalidades estatuídas no art. 40 da Convenção, notadamente a capacidade de respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais de terceiros e um desempenho construtivo na sociedade, podem impedir o reconhecimento antecipado de seu cumprimento, fazendo com que este adolescente tenha de cumprir a medida até o patamar máximo previsto em sentença com vistas à desaprovação de sua conduta e à sua responsabilização.

É, entretanto, fundamental que, ao fazê-lo, o magistrado considere, uma vez mais, no curso do processo de execução, os princípios previstos no art. 100 do ECA para que a omissão ou negligência de terceiros, fundamentalmente os pais e o Poder Público, não impliquem uma responsabilização desproporcional ao adolescente. Daí ser imperiosa a necessidade de avaliação pelo Conselho Tutelar de aplicação de medidas correspondentes aos genitores, nos termos do art. 129 do ECA, especificamente o disposto nos incisos V e VI, sempre que a violação de direitos do adolescente esteja relacionada à omissão ou negligência dos pais ou responsável, caso em que deverá o Conselho Tutelar representá-los à autoridade judiciária em caso de descumprimento de seus deveres parentais, conforme procedimento previsto no art. 194 do ECA, em razão da prática de infração administrativa prevista no art. 249 do ECA.

Importante recordar neste passo que os pais ou responsáveis não são partes no processo, de modo que a eles não se pode impor as medidas em sentença.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, deve o juízo ou o Conselho Tutelar representar ao Ministério Público ou à Defensoria Pública para a tomada de providências em caso de omissão do Poder Público para a garantia de direitos sociais dos adolescentes.

A Lei n. 12.594/12, ainda que apresente lacunas, contradições e limites, inova e fortalece o sistema de garantia de direitos ao trazer elementos complementares para o processo de conhecimento de apuração do ato infracional, pautada pelo respeito aos direitos individuais, às garantias penais e processuais, tornando-se base para uma execução socioeducativa mais consentânea com o espírito da Convenção, tal como interpretada pelo Comitê de Direitos da Criança.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou Editora, 1982.
- BRAITHWAITE, John; ROCHE, Declan. Responsibility and restorative justice. In: BAZEMORE, Gordon; SCHIFF, Mara. *Restorative Community Justice: repairing harm and transforming communities*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994.
- MORA, Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits, L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté*. Paris: Gallimard, 1994, vol. IV.
- ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 375, invocando entendimento do TJSP em RT n. 681/328.
- JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva.
- JTJ LEX n. 148/114.
- KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

RITTER, Joachim *et alli*. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel: Schwabe AG Verlag, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UNICEF. *Guidance for legislative reform on juvenile justice* (http://www.unicef.org/policyanalysis/files/Juvenile_justice_16052011_final.pdf).

UNODC. *Handbook on restorative justice programmes* (http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf).

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A LEI N. 12.594/12: A NECESSÁRIA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

DALMIR FRANKLIN DE OLIVEIRA JÚNIOR

Juiz da Vara Regional da Infância e da Juventude de Passo Fundo – RS

Especialista em Direito da Criança e do Adolescente (FESMP – RS)

Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito (PUCRS)

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – RS

Inicialmente, como forma de possibilitar uma análise mais adequada e crítica das proposições ora formuladas e defendidas, revela-se importante explicitar o lugar (*locus*) da fala/escrita, na tentativa de estabelecer uma relação de lealdade e sinceridade com o leitor. Assim, registra-se que o presente trabalho é fruto das reflexões teóricas e práticas da jurisdição prestada por mais de cinco anos na Vara Regional da Infância e da Juventude de Passo Fundo – RS, em especial como responsável pela execução das medidas socioeducativas de meio aberto aplicadas na referida Comarca, bem como pelas medidas privativas de liberdade cumpridas por adolescentes de mais de 120 Municípios gaúchos da região Norte, sem descuidar da fiscalização das entidades de atendimento respectivas.

Uma das primeiras atividades desenvolvidas na titularidade deste Juizado foi justamente visitar as instalações da Unidade do CASE (Centro de Atendimento Socioeducativo) de Passo Fundo, órgão executor das medidas de internação. Como se fosse ontem, mas no ano de 2007, recorda-se perfeitamente da primeira impressão: como aquela instituição era semelhante a um presídio, com muros altos e guaritas; segurança reforçada por carcereiros que se identificavam como monitores ou socioeducadores; celas que se chamavam dormitórios, etc. Todavia, uma importante distinção fora imediatamente notada, pois lá dentro existia uma escola! Infelizmente, naquela oportunidade, não foi oportunizada conversa com os adolescentes presos – ou melhor, internados –, para colher as impressões deles. Mas ficou a absoluta convicção de que isto deveria ser feito nos momentos seguintes. E acredito que foi neste contexto que nasceram essas ideias.

Talvez como fator de menor relevância, mas que também pode ser lembrado, como fruto de trabalho desenvolvido em conjunto com o Ministério Público, Defensoria Pública, técnicos e administração dos programas de atendimento, é o relatório feito por membros do Conselho Nacional de Justiça, que, no ano de 2011, inspecionaram unidades de todo o País e apontaram o CASE/PF como modelo para o Estado do Rio Grande do Sul e o Brasil, informação disponível no sítio do próprio Conselho (<http://cnj1.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=51683&iABA=N>

ot%EDcias&exp=0), e em algumas matérias disponíveis na internet pela imprensa (<http://wp.clicrbs.com.br/passofundo/tag/presidio/page/2/>).

Pois bem, tratando-se de uma leitura constitucional das medidas socioeducativas, devemos lembrar que o art. 228 da Constituição Republicana estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. Infelizmente, considerável número de pessoas faz a leitura incompleta do referido dispositivo, que veda a aplicação de penas aos sujeitos que se encontram entre o nascimento e os 18 anos de idade. Tais pessoas esquecem-se, quiçá intencionalmente, de completar a leitura do artigo com o que está escrito depois da vírgula, ou seja: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. A norma constitucional não deveria gerar maiores dúvidas e a sua mera leitura e interpretação literal poderia resolver boa parte das divergências acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas. Ora, ao mesmo tempo em que não podemos aplicar penas aos menores de dezoito anos que praticam crimes ou contravenções, temos o dever de sujeitá-los, submetê-los às normas infraconstitucionais especiais quando assim o fizerem. O mandamento constitucional, pois, é claro, no sentido da responsabilização dos menores de dezoito anos pela prática de ilícitos penais, devendo o Estado dar uma resposta adequada e proporcional a eles, semelhante ao que faz com os adultos. Cuida-se da imperiosa desconstrução do “mito da impunidade”, referida por João Batista Costa Saraiva em várias de suas obras, como *Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas* e *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil* (Editora Livraria do Advogado).

Para tanto, a Lei n. 8.069/90, nominada Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando e concretizando a norma constitucional – e restringindo ou limitando o direito fundamental de liberdade específico –, criou as medidas socioeducativas, aplicáveis, por opção do legislador infraconstitucional, exclusivamente à categoria jurídica dos adolescentes. Recorde-se que as categorias jurídicas de “criança” e de “adolescente”, em substituição à categoria de “menor”, foram criadas e reconhecidas pela própria Constituição, sede da Doutrina da Proteção Integral, que inspirou a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, cabendo ao legislador ordinário definir os critérios para sua identificação. No sistema atual, referendou-se o critério puramente etário-biológico, optando o mesmo legislador por dar respostas diferentes a tais categorias de sujeitos quando praticarem condutas criminalizadas: às crianças, por se reconhecer que estão numa fase de compreensão e entendimento precários, e cujas demandas e necessidade são satisfeitas pelas figuras materna e paterna, são aplicáveis as medidas de proteção, cujo caráter é de suporte e garantia do mais amplo direito de liberdade. São conhecidos, outrossim, alguns ordenamentos estrangeiros, como o norte-americano, que permite a aplicação de penas privativas de liberdade de longa duração inclusive para menores de 14 anos.

No nosso sistema, para os adolescentes, cuja fase da vida é de transição para a vida adulta, na qual se começa ou se deveria começar a internalizar psicicamente a responsabilidade pelas suas ações, são aplicáveis medidas de cunho simultaneamente sancionatório e pedagógico, sendo imperioso reconhecê-las como muito semelhantes, senão iguais em sua conformação e diferentes em sua

duração, às do adulto: limitadoras, restritivas e privativas do direito fundamental de liberdade. Lembre-se de que a Carta Magna estabelece, no art. 5º, que: “XLVI - a lei regulará a individualização da **pena** e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Já o Estatuto, prevê as **medidas** socioeducativas de advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Veja-se que ao menos as quatro últimas são inegavelmente identificadas com as penas previstas na Constituição para os imputáveis, acrescentando-se a elas, em face da peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, o caráter pedagógico. O que deve ficar claro é que a necessidade de imprimir o cunho educacional à medida não pode significar, em especial para o infrator, a negação da reprimenda, da retribuição, da sanção em face do ato praticado. Trata-se da sociedade/Estado dizendo o “não” simbólico da autoridade paterna, que muitas vezes faltou na vida daquele adolescente. Acerca da natureza jurídica das medidas, é esclarecedora a posição de Afonso Armando Konzen, na obra *Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005:

Não há, portanto, distinção jurídica digna de nota entre os termos pena e sanção a justificar o emprego de uma ou outra palavra em vista da melhor conformação do significado material da medida socioeducativa. Ambas as palavras representam a resposta possível pelo descumprimento da norma pactuada para o descumprimento da norma comportamental imposta pela ordem jurídica. Ambas as palavras têm o efeito de gerar, seja no sancionado, seja no apenado, a compreensão subjetiva das conseqüências do descumprimento de dever normatizado. Por isso, a discussão quanto ao melhor termo, aparentemente, é vazia de sentido, fruto da mera retórica. A medida socioeducativa, seja pena ou seja sanção, significa, para o seu destinatário, a reprovação pela conduta ilícita, providência subsequente que carrega em si, seja a conseqüência restritiva ou privativa de liberdade, ou até mesmo modalidade de simples admoestação, o peso da aflição, porque sinal de reprovação, sinônimo de sofrimento porque segregava do indivíduo um de seus bens naturais mais valiosos, a plena disposição e exercício da liberdade.

Talvez seja interessante, nesse ponto, mais do que as digressões teóricas da doutrina acerca da natureza jurídica das medidas, procurar desvelar qual o sentido que o próprio adolescente condenado atribui à resposta estatal quando é submetido a elas. E praticamente todos aqueles que trabalham com a execução das medidas não têm qualquer dúvida sobre o sentimento de punição que o jovem experimenta ao ter sua liberdade retirada, ouvindo-se deles muitas vezes as batidas expressões “estou pagando” ou “já paguei”. Uma das premissas básicas da Doutrina da Proteção Integral, assentada na nossa ordem constitucional, é que não se podem confundir, de maneira alguma, as medidas socioeducativas com as medidas de proteção. As primeiras levam em consideração a circunstância de o adolescente estar na posição de vitimizador, pois ofendeu a direitos de outrem. As segundas, por sua vez, têm sua aplicação ligada às crianças e adolescentes que são vítimas,

pois tiveram os seus direitos fundamentais ofendidos ou lesados. Assim, não se pode admitir, absolutamente, a internação (prisão) de um adolescente para protegê-lo, conforme era o pensamento antigo da Doutrina da Situação Irregular aplicada aos “menores”. É certo que a lei faculta ao juiz a aplicação da medida de proteção conjuntamente com a medida socioeducativa. Mas é preciso reafirmar que as razões e os fundamentos para cada uma delas são completamente distintos: se o adolescente infringiu a lei, ofendeu alguém, é o vitimizador, e a ele será aplicada a medida socioeducativa, que tem caráter punitivo, com forte conteúdo pedagógico; por outro lado, se os direitos do adolescente estão sendo ofendidos, ele é vítima, e isso muitas vezes acontece com o mesmo infrator, cabendo as medidas de proteção previstas no art. 101 do Estatuto.

Neste sentido, defende-se que as sanções socioeducativas devem, sem qualquer sombra de dúvidas, ter o seu prazo máximo certo e determinado, sendo devidamente fundamentadas, adequadas e proporcionais. Uma necessária leitura e interpretação do Estatuto conforme a Constituição, que procure tornar efetivos os direitos fundamentais, impede que o sancionamento educativo seja aplicado pelo juiz de forma subjetiva e até discricionária, sem distinguir-se o tempo de duração da medida de acordo com o fato praticado e as circunstâncias pessoais do seu autor. Cuida-se da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade na interpretação dos arts. 120 e 121 do Estatuto, que, por um “ranço menorista”, referem que a privação da liberdade do adolescente por meio da internação e da semiliberdade não tem prazo determinado, podendo durar até três anos. E o mesmo raciocínio vale para as medidas de meio aberto, como a liberdade assistida e a prestação de serviços à comunidade, como veremos adiante.

Para isso, não podemos nos esquecer de que a mesma Doutrina Constitucional da Proteção Integral estabelece que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele dispensado ao adulto, o que foi atualmente explicitado na legislação infraconstitucional, por meio da Lei n. 12.594/12 (art. 35, inc. I, da Lei do SINASE). Dessa forma, se o imputável tem o direito fundamental de que sua pena seja devidamente individualizada (art. 5º, inc. XLVI, da Carta), não há como negar ao adolescente o mesmo direito fundamental à determinação e quantificação de sua medida, já que ambas restringem, limitam, privam o direito fundamental de liberdade desses sujeitos. Dessa forma, defende-se que foi muito feliz o diploma legal, quando estabeleceu, inicialmente, que as medidas socioeducativas previstas no ECA possuem, entre outros objetivos, o caráter de “desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei” (art. 1º, inc. III). Se antes da promulgação da Lei já se fazia necessária e imprescindível a individualização das medidas com a fixação de um prazo máximo para o cumprimento, em virtude de uma leitura constitucional do Estatuto, agora parece não haver mais quaisquer dúvidas! Friso: a necessidade da individualização das medidas não nasce com a Lei do SINASE, pois ela apenas a reforça.

Desde antes da Lei, defende-se que o provimento jurisdicional final, em cognição exauriente, primeiro reconhece a existência material do fato infracional e certifica que o adolescente representado é o seu autor. Após, define, nos termos dos arts. 112 e seguintes do Estatuto, que espécie de medida socioeducativa deve ser aplicada. Por fim, a sentença precisa fixar um parâmetro máximo de

duração da mesma, que está limitado à lei, ou seja, ao Estatuto, lido e interpretado conforme a Constituição, ou seja, garantindo o tratamento isonômico com os imputáveis, que têm as suas penas certas e determinadas. O tratamento ao adolescente pode, e muitas vezes até deve, ser diferenciado, mas nunca para prejudicá-lo, com a incerteza sobre o prazo máximo de duração da sua medida e a conseqüente discricionariedade delegada ao juiz da execução, que fará a reavaliação do cumprimento no prazo máximo de seis meses (e neste ponto, em especial, também podemos aventar a aplicação do princípio da proporcionalidade). Lembremos de outro reforço da Lei do SINASE, no art. 35, revelador expresso dos princípios aplicáveis à execução das medidas, que sucede a constitucional aplicação das mesmas: a legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o adulto; a proporcionalidade em relação à ofensa cometida; e a individualização, considerando-se a idade, capacidade e circunstâncias pessoais do adolescente.

Sugere-se, enfim, que é direito fundamental dos adolescentes ter sua liberdade restrita ou perdida somente diante de uma decisão judicial fundamentada e lastreada em prova convincente da autoria e da materialidade, por fato típico, ilícito e reprovável (mais adiante serão tecidas considerações acerca da culpabilidade no ato infracional), quando ocorrerá a aplicação de uma medida socioeducativa adequada às circunstâncias pessoais do representado e proporcional ao fato praticado, ou seja, individualizada, certa, determinada. Rejeita-se, desde já aqui, qualquer internação (privação da liberdade) como regressão pelo descumprimento de liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade aplicadas em sede de remissão, seja para evitar o processo ou suspendê-lo. Neste caso, o efeito que o descumprimento gera é tão somente o início ou prosseguimento do processo de apuração de ato infracional para que se chegue a um juízo de procedência ou improcedência da representação.

Talvez nem fosse necessário revelar a tarefa hercúlea de explicar para qualquer adolescente que, se ele for condenado pelo terceiro furto (internação pela reiteração do inc. II do art. 122), pode receber a mesma medida (de no máximo três anos) do que aquele que foi condenado pelo primeiro ou segundo latrocínio... mas, infelizmente, essa tem sido uma dificuldade recorrente de quem está no dia a dia da execução, trabalhando na reavaliação das medidas com lastro em critérios os mais objetivos possíveis. Mas os tempos estão mudando. Vários juízes gaúchos têm adotado a individualização das medidas, e se tem conhecimento de precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não mais reformaram essas sentenças.

Na tarefa árdua de trabalhar naquilo que alguns entendem ser uma omissão ou equívoco do Estatuto (com a qual não precisamos concordar, por entender que se trata apenas de conferir, dentre mais de uma, aquela interpretação mais condizente com as normas constitucionais), mas sem deixar de considerar os princípios citados, buscaram-se critérios objetivos que possibilitem uma conclusão sobre o parâmetro máximo de duração da medida a ser aplicada na sentença.

Um raciocínio simplista e inicial, dada a similitude com a situação dos adultos, é o seguinte: se a pena privativa de liberdade tem como parâmetro máximo de cumprimento os 30 anos (art. 75 do CP), e a internação, por sua vez, prazo máximo de 3 anos, que a medida socioeducativa deve corresponder a 1/10 da pena que

seria aplicada a um imputável no caso semelhante ao do julgamento, seguindo-se o método trifásico de aplicação das penas. Não parece o melhor caminho. Ocorre que a forma de cálculo da pena dos adultos geralmente parte do termo médio ou pena mínima abstratamente prevista para cada crime, o que deixaria a medida socioeducativa muito baixa, já que tem prazo máximo considerado relativamente pequeno para muitos. Assim, no caso de um crime de roubo simples, em que a pena abstrata é de 4 a 10 anos, se as circunstâncias todas forem positivas, o juiz criminal possivelmente irá aplicar a pena definitiva de 4 anos, na inexistência de agravantes e causas gerais ou especiais de aumento de pena. Utilizando-se a regra de três anteriormente citada, em situação idêntica vivenciada pelo adolescente, chegar-se-ia ao *quantum* de 4,8 meses para a medida socioeducativa. Isso porque 4 anos (48 meses), pena imposta ao adulto no caso concreto, está para 30 anos (360 meses), pena máxima imposta ao adulto, assim como X está para 3 anos (36 meses). Com todo o respeito àqueles que defendem este cálculo, o sentimento que fica é de que os 4,8 meses de internação para um roubo não são proporcionais à gravidade do crime, conforme as penas abstratamente previstas.

Por tal razão, a proposta que ora se oferece para encontrarmos proporcionalidade na aplicação do parâmetro máximo das medidas, outrossim, deve levar em consideração o seguinte raciocínio, que também implica uma regra de três: o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil (30 anos) corresponde à pena máxima prevista abstratamente para cada crime, sendo que o tempo máximo de cumprimento da medida socioeducativa de internação (3 anos) corresponde a X, ou seja, à quantidade que servirá como um marco da individualização no sistema trifásico. Pensa-se que com isso criamos um parâmetro de medida socioeducativa para cada tipo ou espécie de ato infracional, o que acontece com os imputáveis num sistema diferenciado, pois com pena mínima e máxima. Apenas a título exemplificativo, podem ser citados os atos infracionais de roubo, homicídio e tráfico ilícito de entorpecentes. Supondo que um adolescente pratica um roubo majorado, a regra de três será a seguinte: 10 anos (limite máximo da pena de roubo majorado, ou seja, aqui se considera o percentual máximo de aumento das majorantes) estará para 30 anos (tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade), enquanto que X estará para 3 anos (limite máximo de cumprimento da MSE), chegando-se ao parâmetro de 1 ano. Caso seja perpetrado o delito de homicídio simples, será: 20 anos (limite máximo da pena de homicídio) estará para 30 anos, enquanto X estará para 3, chegando-se a 2 anos. Por fim, no caso de tráfico, conforme previsão no art. 33 da Lei n. 11.343/06, a regra será a seguinte: 15 anos está para 30, enquanto X está para 3 anos, chegando-se a 1 ano e 6 meses de medida, que, neste caso, segundo a Súmula n. 492 do STJ, pode não ser a internação, valendo-se do prazo para a medida de semiliberdade ou de liberdade assistida de meio aberto.

Partindo-se do parâmetro, é possível aumentar ou diminuir a quantidade da medida socioeducativa levando em consideração as fases de aplicação da pena no sistema trifásico. Assim, primeiramente são analisados os vetores do art. 59 do Código Penal. A culpabilidade está relacionada ao grau de censura, ou seja, de reprovação da conduta perpetrada. Apesar de não se reconhecer culpabilidade para os menores de dezoito anos, diante de sua inimputabilidade, é possível o exercício

de raciocínio comparativo, considerando o vetor censurabilidade da conduta. Neste ponto, segundo balizada doutrina de José Antonio Paganella Boschi, no já clássico *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, Ed. Livraria do Advogado, a censura deve ser aferida de acordo com a vontade do agente, sendo maior no dolo direto do que no dolo eventual; ambos mais censuráveis do que na conduta culposa. No que concerne a segunda circunstância, os antecedentes podem ser sopesados de acordo com a conclusão dos processos a que o adolescente já respondeu, conforme certidão atualizada emitida pelo Poder Judiciário.

Já para o exame da conduta social, tanto as conhecidas testemunhas abonatórias como o estudo social elaborado pela equipe interdisciplinar do Juizado da Infância podem oferecer subsídios para o magistrado avaliar o caso concreto. No mesmo sentido, quanto à avaliação psicológica para fins de valoração, na medida do possível e ciente de todas as críticas, da personalidade do adolescente, bem como eventuais motivações para a prática do ilícito, que pode ser buscada também na audiência de apresentação. As circunstâncias e consequências do crime são elementos que podem ser retirados dos demais meios de prova, especialmente a testemunhal e a pericial, o que poderá servir, também, para o comportamento da vítima. As circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis do art. 59 poderão gerar aumento ou diminuição no parâmetro anteriormente estabelecido para que se chegue à medida-base. Agravantes e atenuantes, assim como causas gerais de aumento e diminuição previstas na legislação penal, podem e devem ser igualmente consideradas na definição da medida em concreto. Ao final, o juiz chegará a uma quantia determinada de tempo máximo de duração da medida, de forma individualizada e proporcional, e deverá escolher, de forma fundamentada e considerando as balizas do Estatuto, qual a espécie de medida a ser aplicada naquele tempo que foi auferido no cálculo anterior. Assim, tratando-se de fato cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, caberão as medidas de internação e semiliberdade (art. 122 do ECA), lembrando-se que a primeira pode ter atividades externas autorizadas ou não, mediante necessária motivação.

Caso a medida a ser aplicada seja no meio aberto, como prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, ainda deverão ser levados em consideração os parâmetros previstos no Código Penal, no Estatuto e o eventual pedido feito pelo órgão acusador nas alegações finais, dado o caráter do sistema acusatório. Assim, repisa-se que também se leva em conta o prazo máximo previsto no Estatuto. Supondo que tenha sido praticado um crime de furto, para a liberdade assistida, a regra de três será 4 anos (limite máximo para a pena no crime de furto) diretamente proporcional a 30 anos (limite máximo para as penas no CP), enquanto X está para 3 anos (limite máximo da medida socioeducativa), chegando-se a 4,8 meses. Ocorre que o Estatuto determina que a LA seja fixada no patamar mínimo de seis meses, motivo pelo qual, quando for fixada em grau menor, poderá ser mantida no mínimo legal, sendo igualmente discutível a aplicação abaixo do mínimo. Para o cálculo da PSC, também se devem considerar aqueles parâmetros do Código Penal, quais sejam, o art. 55 e o § 3º do art. 46, de maneira que a PSC é fixada no mesmo tempo de internação fixado, qual seja 6 meses. Considerando que o cálculo é de 1 hora por dia de condenação, chega-se ao total de 180 horas. Entretanto, há casos em que o Ministério Público pode pedir, nos memoriais, prazo menor e,

quando isto acontecer, deverá ser reduzida a medida para o limite colocado pelo autor da ação. Assim, digamos que o MP postule pela aplicação de PSC pelo prazo de 4 meses, 4 horas semanais, chega-se a um total de 64 horas (4 horas semanais X 4 semanas X 4 meses). Neste caso, restará fixada a prestação de serviços à comunidade em 64 horas, que deverão ser cumpridas nos termos do art. 117 do ECA.

Na verdade, e em resumo, trata-se simplesmente de fazer incidir o princípio da proporcionalidade nas normas do Estatuto, o que poderá resolver, inclusive, outros problemas, como a indefinição e discricionariedade (a ser evitada) na fixação do tempo da chamada internação-sanção, aplicada pelo reiterado e injustificado cumprimento da medida em meio aberto (art. 122, III e § 1º, do ECA), ou mesmo do prazo de reavaliação das medidas de internação, semiliberdade e liberdade assistida, que poderá ser feito no máximo a cada 6 meses (art. 42 da Lei do SINASE). No tocante ao primeiro ponto, a pergunta que se faz é: se o adolescente recebeu uma liberdade assistida adequada e proporcional com prazo máximo de 1 ano e 6 meses e cumpriu satisfatoriamente 8 meses, deverá ter sua internação-sanção decretada pelo máximo de 90 dias? Ou, somente para exercitar o raciocínio, digamos que tenha cumprido 1 ano e 5 meses da liberdade assistida aplicada, faltando apenas um mês para “pagar”, seria justo e proporcional que o juiz lhe aplique a internação-sanção pelo mesmo prazo máximo de 3 meses? Pensamos que não, e que a mesma proporcionalidade deve lhe ser garantida. Assim, no caso do cumprimento dos 8 meses, poderíamos converter tudo para dias e fazer uma regra de três da seguinte forma: 1 ano e 6 meses é equivalente a 18 meses, ou seja, 540 dias. Se o adolescente não cumpriu absolutamente nada da LA, pode ser internado por 90 dias. Como cumpriu, no exemplo, 8 meses, ou seja, 240 dias, a regra de três nos conduziria a uma internação proporcional de 40 dias para sancioná-lo pelo descumprimento (cumprimento parcial) da medida de meio aberto (540 está para 90 assim como 240 está para X).

Como dito no início, tais ideias são resultado também de uma visão prática, naquela concepção de que o direito não se resume apenas à teoria. Neste sentido, como seria interessante que o juiz do processo de conhecimento tivesse maior vivência da execução. É preciso que o direito estabelecido na sentença do processo de apuração do ato infracional seja sentido “na pele”. Para melhor resolvermos muitas das questões jurídicas que estão em jogo nesta discussão, não podemos olvidar daqueles que sentem na carne e na mente a aplicação de uma medida como a privação ou restrição da sua liberdade.

Assim é que nasce a demanda por um tratamento mais adequado e condizente com o sentimento do adolescente que é condenado a cumprir uma medida socioeducativa. A Doutrina da Proteção Integral exige que a sociedade e o Estado enxerguem e reconheçam o adolescente como sujeito de direitos. E, como tal, ele deixa de ser um completo incapaz, objeto do direito, como até então era tratado pelo Código de Menores. Possui ele, pelo contrário, alguma capacidade, pois encontra-se numa etapa peculiar de desenvolvimento e sua vontade deve ser levada em consideração. Talvez seja este – o momento da escuta – o mais caro e relevante na intervenção com adolescentes em conflito com a lei. Por isso, se fizermos uma interpretação literal do Estatuto, cada vez mais teremos dificuldades de responder a questão que eles nos formulam: afinal de contas, por que razão não podem saber do tempo de sua medida?

DECISÕES DE 1º GRAU

REMISSÃO MINISTERIAL. CUMULAÇÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ECA À LUZ DA LEI N. 12.594/2012 – SINASE.

Assunto principal: Ameaça (art. 147)

Distribuição: 04/06/2012 às 09:13 - Automática

Vara: Vara da Infância e da Juventude - Campo Grande

Magistrado (vaga): Roberto Ferreira Filho

Localização: Competência Mista/Remetidos Tribunal de Justiça - Recurso Eletrônico

Situação: Em grau de recurso

Tarjas: Segredo de Justiça

Autor: Ministério Público Estadual

Infrator: R. T. R. M.

Rep. Leg.: L. R. M.

Vítima: R. R. P. F.

Vistos, etc.

Trata-se de procedimento instaurado para apuração de supostos atos infracionais de ameaça e vias de fato praticados, em tese, pelo adolescente R. T. R., já qualificado nos autos.

O Ministério Público requereu a concessão de remissão c/c prestação de serviços à comunidade pelo período de 2 (dois) meses, durante 4 (quatro) horas semanais, conforme termo de remissão de fls. 20.

A Defensoria Pública, às fls. 23/24, requereu a aplicação de remissão pura e simples ao adolescente e, subsidiariamente, requereu a redução da proposta de remissão para 1 (um) mês, 2 (duas) horas semanais.

Instado a se manifestar novamente, haja vista a manifestação da defesa técnica e a negativa de autoria apresentado pelo adolescente, o MP, às fls. 29/34, insistiu com sua proposta de remissão supramencionada.

É o relatório. Decido.

A proposta de remissão deve ser **homologada**, como forma de **exclusão do processo**; porém, por absoluta "ilegalidade" e, quiçá, "inconstitucionalidade", **sem imposição** de qualquer medida socioeducativa ao adolescente.

Explico.

O caso em tela versa sobre possíveis atos infracionais de ameaça e vias de fato, praticados, em tese, pelo adolescente R., no dia 6/11/11 (fls. 6).

O MPE, ainda na chamada fase pré-processual, apresentou proposta de remissão ao adolescente, como forma de exclusão do processo, **exigindo**, em contraprestação, o cumprimento de medida de prestação de serviços à comunidade pelo período de 2 (dois) meses, 4 (quatro) horas semanais.

O adolescente, desacompanhado de advogado ou defensor público, e muito embora sempre "negando a autoria dos ilícitos" (fls. 10 e fls. 17), firmou o termo de remissão e pedido de homologação, conforme consta às fls. 20.

Ocorre que a defesa técnica, em sua manifestação às fls. 23/24, **inclusive porque não se fazia presente quando da oitiva do Ministério Público,**

reiterou que o adolescente nega os fatos a ele atribuídos e que, por isso, o melhor caminho seria a concessão de remissão pura e simples no presente caso; apenas subsidiariamente postulou pela redução da extensão da proposta formulada pelo MP.

O MP, instado a se manifestar sobre o pleito da defesa, e **insistindo em tese equivocada, *data venia*, e já superada na mais atualizada doutrina e jurisprudência**, manteve sua proposta inicial.

Pois bem. A primeira questão a ser enfrentada neste caso, mesmo porque ainda resiste e persiste, *concessa venia*, visão minorista em casos que tais, é acerca da **natureza jurídica da medida socioeducativa**.

É sabido e ressabido que a CF de 1988, em seus artigos 227 e 228, inaugurou uma nova fase no atendimento a crianças e adolescentes no Brasil, se afastando até então vigente Doutrina da Situação Irregular, que tratava adolescentes e crianças “não como sujeitos de direitos mas, isto sim, como mero ‘objetos’, ao ponto de destinar a todos, inclusive sem **direito de defesa**, seja por situação de abandono, de maus tratos ou de envolvimento em ilícitos, as mesmas medidas.

Era um tempo – **que insiste em permanecer na prática** – em que se buscava a “judicialização de questões sociais”, em que se “responsabilizava sem oportunidade de defesa”, sob a “genérica alegação” de tudo era em prol dos interesses das crianças e dos adolescentes.

A CF veio acompanhada, anos depois, pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, no campo infracional, pela tão aguardada – e **pouco considerada** – Lei 12.594/12, que versa, justamente, sobre **aplicação e execução de medidas socioeducativas**.

O direito brasileiro, portanto, e filiando-se a corrente internacional trazida à lume, mui especialmente, pela Convenção da ONU para os Direitos da Crianças e dos Adolescentes, de 1989, passou a seguir a doutrina da “proteção integral”.

Por esta doutrina, e o ECA é claro e expresso a respeito, não mais se confundem “medidas de proteção” e “medidas socioeducativas”, sendo que as primeiras, previstas, principalmente, no rol de seu artigo 101, não tem como pressuposto a prática de ato infracional mas, isto sim, a situação de risco enfrentada por qualquer criança ou adolescente (artigo 98 do ECA); **as socioeducativas, por seu turno, exigem como antecedente o envolvimento do adolescente, só do adolescente, em ato considerado pela lei brasileira como sendo crime ou contravenção penal (artigo 103). São, pois, respostas do Estado a uma conduta do adolescente que tenha natureza de infração penal, afastando, pois, qualquer espaço para “impunidade” neste campo, muito embora, por evidente, dando ao adolescente tratamento distinto do que é conferido ao adulto, até porque se trata de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.**

Justamente por ser tratar de **medida decorrente da prática de ato infracional (crime ou contravenção penal)** é que a natureza jurídica dela é “sancionatória”, a despeito de viés, ao longo de sua execução, pedagógico, socioeducativo.

O artigo 1º. § 2º, I e III, da Lei 12.594/12 é, a esse respeito, de clareza solar, *verbis*:

“Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

omissis

§ 2º. Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069 (...), as quais têm por objetivos:

*I – a **responsabilização do adolescente** quanto às consequências lesivas do ato infracional (...);*

omissis;

*III – a **desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos (...).***”.

É equivocado, portanto, justificar a imposição de medida socioeducativa como se fosse “um favor”, “um mero benefício”, “uma mera proteção” ao adolescente sendo, isto sim, uma **resposta estatal pelo ilícito por ele perpetrado, sem prejuízo, naturalmente, de se lhe aplicar, em sendo necessário – pois têm os mesmos direitos de qualquer outra criança ou adolescente – medidas de proteção.**

A esse respeito, sem embargo da clareza da questão, transcrevo as precisas lições da doutrina. Confira-se:

“De tudo o que já se disse, pode-se provisoriamente observar que a medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo. É a vontade coativa do Estado que emerge de qualquer sentença penal condenatória e que, também na esfera estatutária, vai se sobrepor à vontade do adolescente em conflito com a lei, sem se importar com sua vontade, especialmente em caso de fixação da medida socioeducativa que decorre da materialidade da infração e dos indícios suficientes de autoria. Ao se afirmar que a medida socioeducativa tem caráter de sanção, não se quer com isso fazer com que o adolescente tenha o que há de pior no sistema punitivo do adulto (...), muito menos fazer com que sanção socioeducativa, que guarda visão educacional e pedagógica, tenha um conteúdo meramente retributivo, o que acontece na maioria das penas privativa de liberdade. Ao contrário, preconiza-se a humanização das respostas institucionais, fazendo-se com a que visão dominante entre muitos operadores do direito – deve-se punir para proteger o próprio adolescente – encontre na brevidade e excepcionalidade seus parâmetros. A melhor forma de se obter isso está na adoção de garantias plenas de legalidade, do devido processo legal e de todos os consectários naturais desses princípios.” (SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, *in* Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil, Ed/Saraiva, páginas 189-190).

“A questão relativa à natureza jurídica da medida socioeducativa necessita enfrentamento, como condição de entendimento do sistema. A sanção

socioeducativa tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercitibilidade, sendo pois, imposta ao adolescente". (JOÃO BATISTA DA COSTA SARAIVA, in *Compêndio de Direito Penal Juvenil*, 4ª edição, Ed/Livraria do Advogado, p. 71).

"É cediço que a expressão pena pertence ao gênero das respostas sancionatórias e que as penas se dividem em disciplinares, administrativas, tributárias, civis, inclusive socioeducativas. São classificadas como criminais quando correspondem a delito praticado por pessoa de 18 anos ou mais, imputável frente ao Direito Penal comum. Embora de caráter predominantemente pedagógico, as medidas socioeducativas, pertencendo ao gênero das penas, não passam de sanções impostas aos jovens." (ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA, in *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema de Responsabilidade Juvenil ou o mito da inimputabilidade penal*. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.), p. 58).

Aliás, cuida salientar, as medidas socioeducativas previstas no ECA (artigo 112), possuem quase que perfeita simetria com as penas previstas nos artigos 32 e seguintes do CP, dentre outros, bastando citar: a) prisão em regime fechado se assemelha com medida socioeducativa de internação (restrição radical na liberdade de ir e vir do sancionado); b) prisão em regime semiaberto se assemelha com semiliberdade; c) prisão em regime aberto ou, ao menos, livramento condicional se assemelha com liberdade assistida; d) pena de prestação de serviços à comunidade é idêntica à medida de prestação de serviços à comunidade; e) pena de prestação pecuniária se assemelha com obrigação de reparar os danos; f) e advertência prevista no artigo 28 da Lei 11.343/6 é idêntica com a medida de advertência.

Justamente por este viés retributivo, afilitivo, coercitivo, é que não se pode aceitar que o adolescente sofra qualquer tipo de punição, de sanção, de medida socioeducativa sem que tenha a seu dispor regras e princípios básicos garantidores de seus direitos como, são, por exemplo: a) direito a julgamento por órgão distinto daquele que o acusa; b) direito à defesa técnica e à autodefesa; c) direito de não se autoincriminar; d) direito ao devido processo legal etc..

Não é sem motivo que o ECA dispõe, em capítulo próprio (Capítulo III, do Título III), sobre as garantias processuais do adolescente e prevê, dentre elas, no artigo 111, III, "**defesa técnica por advogado**".

Não é sem razão que a novel Lei 12.594/12, também em capítulo próprio (Capítulo III, do Título II), ao falar dos direitos individuais dos adolescentes indica, em seu artigo 49, I, o de "**ser acompanhado por seus pais ou responsáveis e por seu defensor, em QUALQUER FASE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL**".

Ora, se a legislação de regência teve o cuidado de estabelecer garantias mínimas para que o adolescente fosse "sancionado", entendimento este sensivelmente reforçado com o advento da Lei 12.594/12, é mais que evidente que

toda lógica de funcionamento do sistema de responsabilização, de aplicação de medidas socioeducativas não deve fugir destes parâmetros.

É fato que é **atribuição do Ministério Público**, *ex vi* do artigo 180 do ECA, ao receber da autoridade policial as peças relativas à investigação sobre possível ato infracional, optar, **motivadamente**, pelos seguintes caminhos procedimentais: a) **promover o arquivamento dos autos**; b) **conceder a remissão**; c) **representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa**.

Em reforço a este dispositivo tem-se o artigo 201 do ECA, que, em seus incisos I e II, menciona:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

I – conceder a remissão como forma de exclusão do processo;

II – promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes.

Já ao falar sobre a **competência da Justiça da Infância e da Juventude** o mesmo ECA, em seu artigo 148, I e II, reza:

“Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de atos infracionais atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo.

Partindo-se para leitura “combinada e sistemática” entre estes artigos e os que já foram referidos acima, é fácil constatar que **quem, unicamente quem, pode aplicar medida socioeducativa a adolescente em conflito com a lei é a autoridade judiciária e não, por evidente, qualquer das partes (MP ou defesa)**, até para se garantir, obviamente, respeito ao sistema processual acusatório que norteia a forma de intervenção do Estado brasileiro em qualquer campo da responsabilização.

O artigo 180 do ECA, **diferentemente do que sustenta o MP que atua perante este Juízo**, não dá ao *Parquet* a possibilidade de mesclar, de combinar, a seu livre arbítrio, as hipóteses elencadas em seus incisos.

O que compete ao MP, no exercício de seu relevante mister é, de acordo com o caso concreto, com a análise feita dos elementos de convicção colhidos pela polícia, da gravidade do suposto ato, do histórico do adolescente etc., optar, motivadamente, pelo requerimento de arquivamento da investigação, pelo oferecimento de representação em desfavor do adolescente – pleiteando, aí sim, a imposição de alguma medida socioeducativa – ou, por fim, optando pela concessão de remissão pura e simples, sem imposição de medida, abrindo mão, então, de sua prerrogativa de ingressar com a representação (com a ação socioeducativa).

O que, na sequência, diz o artigo 181, § 2º, do ECA é que, caso o juiz discorde da promoção de arquivamento ou de remissão – NÃO DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDA – formulada pelo Promotor de Justiça, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, na mesma sintonia com o que se dá com o artigo 28 do CPP.

Veja-se: a remessa ao Procurador-Geral de Justiça não se dá quando o “juiz discorda da medida proposta/apresentada/”imposta” pelo Promotor de Justiça”, mas, isto sim, quando discorda da PRÓPRIA REMISSÃO, mesmo porque, *ex vi legis*, é ao juiz, não ao MP – SEJA DE 1º OU DE 2º GRAU – a tarefa de impor, respeitando-se as garantias processuais do adolescente, eventual medida socioeducativa ao adolescente.

A matéria, aliás, já é por demais conhecida da jurisprudência – inclusive dos Tribunais Superiores - e da doutrina mais abalizada, **da doutrina mais moderna, que acompanhou a solidificação dos conceitos, então novos conceitos, trazidos pelo ECA e, repito, pela novel Lei 12.594/12.**

Pensamento diverso, *data venia*, seria o mesmo que transferir, ainda que por via reflexa, ao Ministério Público – responsável pela formulação da acusação contra o adolescente – o poder de decidir o conflito, impondo ao adolescente, ao seu “bel prazer”, medida socioeducativa e, o que é pior, “sem processo, sem defesa, sem atuação do órgão jurisdicional” – que apenas, de uma ou de outra forma, deveria concordar ou com o MP de 1º grau (homologando a “proposta”) ou com o MP de 2º grau (homologando a “proposta referendada pelo Procurador-Geral de Justiça”).

Não é por outra razão que o C. STJ, desde 1.994, editou a Súmula 108 do STJ, a qual dispõe: “A aplicação de medida sócio-educativa ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”. (grifei)

Em se dando, todavia, guarida à tese que o MP vem sustentando junto a esta Vara da Infância e Juventude seria ele, e não o juiz, quem aplicaria medida socioeducativa ao adolescente.

O mais grave é que o MP insiste, mais ainda, em aplicar (mais do que “propor”) medida socioeducativa ao adolescente desprezando e dispensando, *concessa venia*, a atuação da defesa técnica dizendo, via de regra, ao “arrepio da CF e das leis de regência”, que a lei infraconstitucional não previu, expressamente, a atuação da defesa técnica na fase “pré-processual”, ou seja, quando da oitiva do adolescente no MP (artigo 179 do ECA) e quando da “proposta (verdadeira “imposição”, digo eu) de remissão cumulada com medida socioeducativa.

Ora, é evidente que a lei sequer precisaria, de modo expresso, prever dita atuação mesmo porque, em se dando a devida interpretação a ela, não haveria maiores prejuízos ao adolescente sem este acompanhamento técnico; diferente é a hipótese, contudo, quando o MP, sem embasamento legal para tanto, formula e buscar impor medida socioeducativa ao adolescente, em conversa mantida apenas entre eles, sem a obrigatória e indispensável atuação defensiva.

Explicando melhor: este juízo entende que a proposta de remissão formulada pelo MP não deve e não pode vir acompanhada de medida socioeducativa, mas, isto sim, deve ser verdadeiro ato de “disposição da prerrogativa de oferecer representação contra o adolescente”; todavia, por “economia processual e celeridade”, se aproximando da transação penal confiada aos adultos, admite, de modo excepcional, que haja “proposta, verdadeira proposta ministerial cumulada com medida socioeducativa de meio aberto (liberdade assistida, prestação de serviços, obrigação de reparar os danos ou advertência), desde que haja, além da anuência do adolescente e de seu responsável legal, efetiva intervenção da defesa técnica.

Seria arrematado absurdo se **admitir que antes da relação processual ser instaurada**, com todas as garantias daí decorrentes, o adolescente **fosse tratado de modo mais gravoso e não garantista e pudesse – o que é ainda pior – sofrer a mesma punição que poderia sofrer ao final de um processo regularmente instaurado, assegurando-se-lhe todas as garantias asseguradas a qualquer acusado e que, no caso expresso dele, vêm previstas tanto no ECA quanto na Lei 12.594/12.**

A esse respeito a **jurisprudência mais recente e atualizada e a melhor doutrina são firmes e iterativas**, a saber:

“A doutrina e a jurisprudência assentaram as teses de que a remissão na modalidade como forma de exclusão do processo, concedida pelo Ministério Público, não pode vir cumulada com medida socioeducativa, por ofensa ao devido processo legal (...). A matéria encontra-se sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: ‘A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional é de competência exclusiva do juiz’ (Súmula 108 do STJ) (Shecaira, p. 214-215).

“No que diz respeito à remissão, como forma de exclusão do processo (art. 126, caput), se ao promotor de justiça é reconhecido o direito de aplicar remissão (art. 126, c/c art. 180, II), daí não decorre a possibilidade de impor, também, medida socioeducativa, ato privativo do juiz (CF, art. 5º, XXXV) (...). Portanto, na remissão como forma de exclusão do processo, ao Ministério Público é vedado fazer acordos com o adolescente, ou seus pais ou responsável, para incluir medida não privativa de liberdade como contrapartida da exclusão do processo” (TARCÍSIO JOSÉ MARTINS CONSTA, *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Ed/Del Rey, página 268).

“Com relação às formas antecipadas de terminação do processo, ou de derivação para instâncias não judiciais, é importante reiterar que, se tais opções derivam da adoção de alguma medida que corresponda à sanção, deverá haver o máximo de cuidado para que não sejam afetadas as garantias básicas do jovem infrator. O consentimento e a assistência jurídica constituem elementos fundamentais (...). ‘A lógica é sempre a mesma. Se o Estado renuncia à intervenção coercitiva, então o episódio não implicará nenhuma modificação ou intervenção na vida do jovem e de sua família. Se existe alguma modificação ou intervenção estatal (no sentido amplo), então deve-se recorrer a todas as garantias para que esta intervenção seja realizada no marco da legalidade” (ANA PAULA MOTTA COSTA, *in* As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil, Ed/Livraria do Advogado, p. 92).

“Impende ressaltar que a remissão conferida pelo Ministério Público há de ser o mero perdão, sem qualquer contraprestação. Não está autorizado o representante do parquet a conferir a remissão mediante cumprimento de medida socioeducativa, visto que conforme elucida a Súmula 108 do STJ, ‘a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz’. (JOSIANE ROSE PETRY VERONESE e MAYRA SILVEIRA, *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Ed/Conceito Editorial, p. 286).

“Quando concedida a remissão pelo Ministério Público, os autos serão conclusos ao Juiz para homologação. Se houver discordância, serão remetidos ao Procurador-Geral de Justiça (...). **Advirta-se, desde agora, que o Promotor não pode aplicar outra medida senão a remissão. No caso em que, além dela, outras possam ser aplicadas, caberá representação ao Juiz para que as aplique (...)**”. (ROBERTO JOÃO ELIAS, in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Ed/Saraiva, p. 141).

“Ponto nevrálgico na doutrina é o posicionamento do Ministério Público na concessão de remissão quando esta vem acompanhada de uma das medidas socioeducativas, com exceção daquelas previstas nos incs. V e VI do art. 112. Em vários pronunciamentos do STJ a questão foi encaminhada no sentido de que o Ministério Público é competente para conceder a remissão, mas impossibilitado de aplicar qualquer medida socioeducativa, atividade, esta, exclusiva da autoridade judiciária (WILSON DONIZETE LIBERATI, in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Ed/Malheiros, p. 124).

“A remissão concertada perante o Ministério Público, sujeita à homologação pelo juiz, tem caráter supressivo do processo de conhecimento. Se nesse concerto for proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, faz-se imprescindível que esteja o adolescente acompanhado de Advogado para assisti-lo, como forma de assegurar o equilíbrio da relação, sob pena de reeditar-se nessa etapa pré-processual práticas nefastas de inquisitivo do tempo do Código de Menores. Não mais com o Juiz de menores, mas agora com o Promotor. Cabe destacar que, embora a exigência do defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no Estatuto, tal circunstância decorre da aplicação sistêmica das garantias constitucionais asseguradas a todos. Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual (...), um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente, posto que evidentemente, frente ao Ministério Público, estão os pais ou responsáveis do adolescente em flagrante desvantagem (...). Outra hipótese poderá ser o da homologação da remissão, com substituição de eventual medida socioeducativa que venha a ser proposta em sede de remissão. Não se trata, neste caso, da situação prevista pelo § 2º, do art. 181 do Estatuto, posto que tal dispositivo estabelece procedimento para caso de não homologação da remissão concedida pelo Ministério Público. Nessa hipótese em comento, a remissão é homologada, entretanto há substituição da medida socioeducativa indicada pelo Ministério Público (...); afinal, é somente o Juízo o ente competente à aplicação de medida socioeducativa em razão da prática de ato infracional, nos termos da Súmula 108 do STJ”. (JOÃO BATISTA DA COSTA SARAIVA, op. cit., páginas 229 e 235).

Da jurisprudência destaco:

“ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ART. 129 DO CÓDIGO PENAL. REMISSÃO MINISTERIAL CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A remissão concedida pelo Minis-**

tério Público deve ser incondicionada, não sendo lícita a sua cumulação com qualquer medida socioeducativa. 2. Constitui garantias básicas do menor submetido a procedimento pela prática de ato infracional a igualdade na relação processual, a defesa técnica por advogado e a oitiva pela autoridade competente, garantias estas que foram desrespeitadas pela decisão que homologou a remissão proposta pelo Ministério Público. 3. A imposição de medida socioeducativa como condição para a remissão somente pode ser aplicada em caso de oferecimento de representação, ou seja, após a instauração da relação processual, assegurando-se ao menos as garantias do contraditório e da ampla defesa. RECURSO CO-NHECIDO E PROVIDO” (TJRJ – Apelação 0261622-45.2010.8.19.0001 – Rel. Des. Paulo Baldez – Data do Julgamento: 24/4/2012).

*“APELAÇÃO. ECA. TRATA-SE DE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELAS ADOLESCENTES (...) INSURGINDO-SE CONTRA SENTENÇA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 181, § 1º, DO ECA HOMOLOGOU A REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FASE ANTERIOR À REPRESENTAÇÃO, E DETERMINOU O CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. RECURSOS DEFENSIVOS REQUERENDO A REFORMA DA SENTENÇA PARA EXCLUIR A MEDIDA DE ADVERTÊNCIA IMPOSTAS A AMBAS AS RECORRENTES, SUSTENTANDO QUE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA FOI APLICADA SEM SER OUVIDA A DEFESA TÉCNICA DAS ADOLESCENTES, ALEGANDO, OUTROSSIM, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS AS MEDIDAS CITADAS, UMA VEZ QUE A REMISSÃO CONCEDIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL IMPLICA, NECESSARIAMENTE, ARQUIVAMENTO DO FEITO, E DESSA FORMA A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA SEM A OITIVA DAS RECORRENTES EM JUÍZO, VIOLA OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO QUE MERECE SER PROVIDO. **Tratando-se de medida pré-processual a concessão de remissão pelo Ministério Público, em princípio, não viola qualquer dispositivo. No entanto, compulsando os autos, verificou-se que a remissão foi homologada e aplicada em conjunto com medida socioeducativa de advertência, sem que houvesse a presença de advogado para auxiliá-las, e mesmo tendo a defesa técnica, posteriormente à entrevista realizada pelo Parquet, se manifestado pela não aplicação de MSE. Cediço que a remissão, como forma de exclusão do processo, prevista no art. 126 do ECA e concedido pelo representante do MPE vista a sanar os efeitos negativos acarretados pelo procedimento judicial. Por seu turno, a MSE de advertência tem em sua natureza carga punitiva pela conduta típica praticada, não sendo admitida sua imposição sem que haja a presença de advogado. Diante desse quadro, tendo em vista a aplicação da medida de advertência, indubitável a afronta ao devido processo legal, uma vez que as adolescentes não contaram com defesa técnica nesta fase pré-processual. Sendo assim, tendo em vista o caráter punitivo da medida socioeducativa de advertência e a ausência de advogado quando esta foi proposta e aceita pelas adolescentes e seus responsáveis legais, deve ser a sentença ser reformada para***

se coadunar aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Recursos conhecidos e providos para excluir da sentença a imposição da medida socioeducativa de advertência, aplicando-se a ambas as recorrentes, tão somente a remissão". (TJRJ – Apelação 0146276-46.2010.8.19.0001 – Des. Siro Darlan de Oliveira – Data do Julgamento: 03/05/2011).

"APELAÇÃO DEFENSIVA. INCONFORMISMO COM A DECISÃO QUE HOMOLOGOU A REMISSÃO CONCEDIDA AO ADOLESCENTE, E, SIMULTANEAMENTE, DETERMINOU A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. Quando da concessão da remissão não foi assegurado ao adolescente o direito à ampla defesa, uma vez que a remissão não foi ofertada ao menor, muito menos a este acompanhado de representante legal e com a assistência da indispensável defesa técnica, tendo sido a proposta ministerial dirigida diretamente ao magistrado, sem a audiência necessária, tendo o juiz apenas aberto vista à Defensoria Pública que pugnou, por cota, à fl. 35, 'pela homologação da remissão, sem aplicação de qualquer MSE, a fim de não ser violado o princípio do contraditório e da ampla defesa'. Há de se harmonizar a aplicação da medida socioeducativa nesta fase pré-processual com os cânones Constitucionais a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa ao adolescente, em razão da carga punitiva desta medida, o que só seria possível diante da presença de um profissional tecnicamente habilitado quando da concessão da remissão. No entanto, impende manter-se a remissão, pois favorável ao menor. DOU PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA APLICADA, MANTENDO-SE A REMISSÃO". (TJRJ- Apelação 0104712-87.2010.8.19.0001 – Rel. Des. Paulo Rangel – Data do Julgamento: 25/10/2011).

"APELAÇÃO. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO DEFENSIVO POSTULANDO O ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO POR ALEGADAS AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO E NEGATIVA DE AUTORIA. SUBSIDIARIAMENTE, PEDE O RECORRENTE O AFASTAMENTO DAS MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE IMPOSTAS. Acervo probatório que conduz à conclusão de que o adolescente é o autor do ato infracional. Impossibilidade de arquivamento do procedimento. Pleito subsidiário. Acolhimento. Ausência de concordância da defesa técnica. Violação ao artigo 111, inciso III, do ECA. Parcial provimento ao recurso para afastar da remissão a medida socioeducativa imposta ao adolescente". (TJRJ – Apelação 0184538-65.2010.8.19.0001 – Rel. Des. Rosa Helena Guita – Data do Julgamento: 6/11/2012).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI Nº 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ECA. REMISSÃO OFERECIDA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO EM JUÍZO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Esta Corte Federal firmou já entendimento no sentido de

que, por força mesmo da letra da lei, pode o magistrado, ao homologar a remissão concedida pelo órgão ministerial, impor outra medida sócio-educativa prevista na Lei 8.069/90, excetuadas aquelas que impliquem semiliberdade ou internação do menor infrator. Precedentes (...) (STJ – Recurso Especial 457.684-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Data do Julgamento: 25/8/2004).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO – CUMULAÇÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CO-NHECIDO E DESPROVIDO. Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional, inviável a cumulação destas com a remissão proposta pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige respeito ao devido processo legal, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório” (TJMG – Apelação nº 1.0024.07.351428-3/002 – Rel. Des. Márcia Milanez – Data do Julgamento: 05/05/2009).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ECA – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO – PROPOSTA DE REMISSÃO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL – DISCORDÂNCIA DO MAGISTRADO QUANTO À CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – DESCABIMENTO DA REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – POSSIBILIDADE, EM TESE, CONDICIONADA À NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DA IMPOSIÇÃO DA MEDIDA – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. ‘A discordância quanto à cumulação de medida socioeducativa à remissão não impõe a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Somente tem aplicação o art. 181, § 2º, do ECA, se o juiz entende não ser o caso de perdão, mas, sim, de representação’ (...). A ausência de motivação quanto às circunstâncias e conseqüências do fato, o contexto social, a condição pessoal e familiar do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional tornam insubsistente a medida cumulada” (TJMG – Processo nº 1.0024.07.781333-5/001 – Rel. Des. Eduardo Brum – Data do Julgamento: 14/10/8).

“ATO INFRACIONAL. REMISSÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECUSA DE HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO. COMPETÊNCIA. AUTORIDADE JUDICIÁRIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 108, STJ (...). 1. Eventual aplicação de medida socio-educativa só poderá ser aplicada ao adolescente pela autoridade judiciária, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao Ministério Público a titularidade da concessão da remissão sem, entretanto, cumular com aplicação de medidas socio-educativas, as quais competem, exclusivamente ao Juízo da

Infância e da Juventude, nos termos da Súmula 108, do STJ (...) (TJRS – Apelação nº 70005729736, Rel. Des. Mário Rocha Lopes Filho, Data do Julgamento: 14/4/2003).

“EMENTA: ECA. CORREIÇÃO PARCIAL. REMISSÃO PROPOSTA PELO MP. ALTERAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA CUMULADA. SÚMULA 108 DO STJ. A APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA É, NOS TERMOS DO ENUNCIADO 108 DO STJ, ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO MAGISTRADO, PODENDO ELE, MESMO QUE HOMOLOGANDO A REMISSÃO, ALTERAR A MEDIDA PROPOSTA DE MP. ISTO PORQUE A HOMOLOGAÇÃO SE REFERE, TÃO-SÓ A REMISSÃO. DESACOLHERAM. UNÂNIME. (Correição Parcial nº 70001540061, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de RS, relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/11/00)”.

Destaco, mui especialmente, excertos do voto da E. Min. Maria Thereza de Assis Moura, no HC 67.826-SP, que, na qualidade de relatora, apreciou questão semelhante a aqui em debate, sobretudo acerca da **imprescindibilidade da atuação da defesa antes da imposição ao adolescente de toda e qualquer medida socioeducativa**. Diz a Ministra, *verbis*:

“Assim, tem-se que a preliminar audiência de remissão, nos moldes do art. 179 do ECA, implica possível constrição de direitos, logo, submete-se aos cânones do devido processo legal. Portanto, é de se assegurar a ampla defesa, a qual pressupõe, em uma de suas vertentes, a defesa técnica (...). In casu, destacou-se que tanto a adolescente como sua genitora concordaram com a imediata aplicação da medida socioeducativa sem processo. Acerca do caráter indeclinável da defesa técnica sublinhou o nobre professor da Faculdade de Direito da USP: ‘Além de a defesa ser necessária, é indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar. O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa (op. cit, p. 297) (...). Acredito, portanto, que, a bem do respeito ao devido processo legal e seu consectário, ampla defesa, é imperioso que o adolescente seja assistido por advogado em momento tão relevante, a audiência de apresentação, mormente quando lhe é aplicada medida socioeducativa (...)”.

Portanto é absolutamente insustentável o que vem postulando o MP, *data venia*, neste Juízo, pugnando, de modo “discricionário”, pela imperiosa aceitação das “propostas” de remissão cumulada com medidas socioeducativas que formula, mesmo quando o adolescente nega os fatos (e é o caso dos autos), e **desconsiderando a imperiosa necessidade da atuação da defesa técnica nestes casos, mesmo porque, tal como fartamente exposto, significa evidente restrição de direitos do adolescente; demais, e este é o principal ponto, não compete ao MP, nem ao MP de 2º grau, substituir a figura do julgador na imposição de medidas socioeducativas**.

Cabe salientar que caso o Ministério Público entendesse ser descabível, desarrazoado e desproporcional a remissão pura e simples (sem medida), nos termos aceitos pela defesa, deveria, como titular da ação, exercer sua função constitucional de oferecer a devida representação em face da adolescente.

É sabido que qualquer interpretação de dispositivo legal, sobretudo em Estado Democrático de Direito – e é o caso do Brasil, nos termos do artigo 1º da CF – não deve ser feita considerando-se o dispositivo “isoladamente”, fora do conjunto do ordenamento jurídico (interpretação sistemática) e sem se guiar pelas balizas, regras e princípios da Constituição Federal.

Entendo que não há o menor cabimento, *data maxima venia*, que em qualquer processo que importe em responsabilização, que importe em sancionamento – mesmo e inclusive quando se trata de adolescente – este se dê, a um, sem a participação da defesa técnica; a dois, sem que a última palavra a respeito – já que este é seu papel – fique a cargo do poder judiciário.

Para bem compreender a gravidade da situação basta, por hipótese, imaginar o seguinte exemplo: que não é raro em diversas Comarcas do Brasil, infelizmente.

O adolescente João é flagrado furtando um “pacote de bolachas”, avaliado em R\$ 2,00 (dois reais).

Entende o MP, embora equivocadamente, pela não aplicação e reconhecimento do princípio da insignificância em sede de apuração de ato infracional – em frontal descompasso com o artigo 35, I, da Lei 12.594/12 e com a atualizada jurisprudência dos Tribunais Superiores –, propondo ao adolescente remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade. Diante desta quadra, o que deve fazer o juiz? Se valer, como quer o MP no presente caso, da regra do artigo 181, § 2º, do ECA, transferindo ao “órgão de acusação” a “última palavra” acerca da tipicidade do fato e da imposição de medida, ou cumprir seu papel de garantidor de direitos, de salvaguarda dos direitos e garantias individuais, e afastar qualquer imposição de medida no presente caso?

O artigo 181, § 2º, do ECA, na equivocada interpretação dada, no caso, pelo MPE, é compatível com o **constitucional Sistema Processual Penal Acusatório**, previsto, implicitamente, no artigo 129, I, da CF, e também aplicável, por analogia (artigo 152 do ECA), ao campo da apuração dos atos infracionais?

Nesse passo, com a *devida venia*, é preciso deixar claro – posicionamento este sensivelmente reforçado com a edição da Lei 12.594/12 – que não é atribuição do órgão ministerial, **mesmo que por vias transversas** (como se dá no caso), a imposição de qualquer medida socioeducativa ao adolescente em conflito com a lei.

Seu digno e relevante papel é, tal como já exposto acima, e segundo consta do referido artigo 180 do ECA, a promoção de arquivamento dos autos; a concessão de remissão e representação **à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa**.

Uma vez, pois, vencida a etapa de investigação da suposta prática de ato infracional, a lei de regência abre ao MP três possibilidades, como exposto anteriormente, nenhuma delas a de diretamente escolher e aplicar medida socioeducativa ao adolescente – ainda que seja em sede de remissão, ainda que seja pelo seu órgão de 2º grau (Procurador-Geral de Justiça).

Seguindo-se por esta mesma trilha verifica-se que o artigo 126, *caput*, do ECA, ao falar da chamada “remissão ministerial” não menciona, em momento algum,

que esta remissão deve ou pode vir acompanhada de cumprimento de medida socioeducativa.

Ademais, calha reafirmar, é inimaginável, não é garantista, é um verdadeiro contra-senso, em qualquer Estado Democrático de Direito, qualquer imposição de sanção (e uma das finalidades da medida socioeducativa é evidentemente sancionatória) que não o seja pelo órgão estatal – exceto as exceções também trazidas pela própria CF (sanções administrativas, por exemplo) – que existe, justamente, para dirimir conflitos e controvérsias, qual seja, o Poder Judiciário.

É por isso que não me parece também aceitável – como é praxe em alguns juízos da infância e juventude – que qualquer imposição de medida socioeducativa se o dê sem a necessária intervenção da defesa técnica, mesmo porque se está diante de direito indisponível (restrição de direitos que são caros à vida em sociedade) e de pessoa inimputável (adolescente). **No caso, aliás, vale realçar, em sua manifestação de fls. 23, não anuiu com a proposta ministerial, requerendo, tal como acolhido pelo juízo, a aplicação de remissão “pura e simples” (sem medida socioeducativa).**

Justamente para se garantir o sadio equilíbrio entre as partes (MP e defesa) e a isenta solução do conflito (mesmo pré-processual) que se forma, em casos que tais, um “pequeno contraditório”, compatibilizando-se a celeridade que deve nortear a apuração de atos infracionais com o atendimento a princípios basilares de qualquer Estado e de qualquer processo de cunho democrático.

Ademais, cuida salientar, mesmo a lei processual penal do adulto, do imputável, do plenamente capaz, é expressa em exigir a presença de defensor ou advogado quando do oferecimento, por exemplo, de proposta de transação penal (artigo 76, § 3º, da Lei 9.099/95).

Neste sentido colho a certa opinião do mais festejado autor da área do “direito juvenil”, João Batista da Costa Saraiva (*op.cit.*, p. 229):

“A remissão concertada perante o Ministério Público, sujeita à homologação pelo juiz, tem caráter supressivo do processo de conhecimento. Se nesse concerto for proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, faz-se imprescindível que esteja o adolescente acompanhado de Advogado para assisti-lo, como forma de assegurar o equilíbrio da relação, sob pena de reeditar-se nessa etapa pré-processual práticas nefastas de inquisitivo do tempo do Código de Menores. Não mais com o Juiz de menores, mas agora com o Promotor. Cabe destacar que, embora a exigência do defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no Estatuto, tal circunstância decorre da aplicação sistêmica das garantias constitucionais asseguradas a todos. Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual (...), um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente, posto que evidentemente, frente ao Ministério Público, estão os pais ou responsáveis do adolescente em flagrante desvantagem (...).”

Aliás o artigo 35, I, da Lei 12.594/12 impede que ao adolescente seja dado tratamento mais gravoso que ao adulto; desta forma, se ao adulto, na transação penal, obrigatório se faz seu acompanhamento por advogado ou defensor, da mesma forma deve se garantir ao adolescente o mesmo direito,

sempre que possa sofrer restrição a algum de seus direitos – e é o caso dos autos.

Reafirmo que a Lei 12.594/12 veio reforçar este entendimento, qual seja, a da não previsão de imposição de medida socioeducativa, mesmo por força de remissão pré-processual, pelo MP.

É que esta novel Lei, **em nenhum de seus 90 artigos**, faz menção alguma, ainda que implícita – e ela trata, especificamente, de **execução de medida socioeducativa** (mesmo quando aplicada em sede de remissão) – à execução de medida socioeducativa proposta, sugerida, **aplicada ou imposta pelo MP.**

Fala, isto sim, seguindo pela mesma trilha do ECA, que a execução de qualquer medida socioeducativa depende de **intervenção das partes, de atuação do juiz etc.**

Fala, sobretudo, em seu artigo 39, **dos documentos indispensáveis para a formação do processo de execução de medida, e nele, em momento algum, menciona da execução de medida decorrente de proposta formulada pelo MP e, muito menos, da execução de medida imposta pelo Parquet.**

No parágrafo único do artigo 39, aliás, existe **expressa indicação de que procedimento idêntico** (o de formação de execução de guia de execução de medida, com cópia de sentença ou acórdão e da representação ministerial) **será observado na hipótese de medida aplicada em sede de remissão, como forma de suspensão do processo, ou seja, remissão judicial** (artigo 127 do ECA).

Neste passo, vale aduzir, diferentemente do que sustenta o MP a Lei 12.594/12, por ser posterior ao ECA e especificamente tratar de medida socioeducativa, há de prevalecer quando houver incompatibilidade entre elas; no caso, porém, a situação é ainda mais gritante pois sequer incompatibilidade há, havendo, isto sim, complementação de temas, pela novel lei, que não haviam sido tratados especificamente no ECA – ao menos não com a clareza agora versada pela lei mais nova.

Em suma, entendo que compete ao MP decidir por algumas das hipóteses do artigo 180 do ECA, tal como transcrito acima.

Se optar pela remissão esta, *ex vi legis*, será pura e simples, sem imposição de medida.

Não me parece democrático, garantista e nem constitucional, com o devido respeito, que uma das partes, o Ministério Público, **atue na qualidade de julgador, decidindo** a medida cabível ao adolescente.

Entendimento neste sentido despreza, em termos processuais, o também relevante papel a ser desenvolvido pela defesa técnica, e, de igual modo, transforma sujeito processual parcial (pois é o titular da ação no campo infracional) em sujeito processual imparcial (que é quem, ouvido os litigantes, dá a decisão final a respeito), não sendo caso, demais disto (pois não se está a discordar da remissão propriamente mas, isto sim, da indevida **imposição de medida a ela cumulada**), de se lançar mão do disposto no artigo 181, § 2º, do ECA (pois manteria, se assim o fosse, **a decisão sobre a aplicação ou não da medida** a órgão estatal a qual não foi, e nem poderia sê-lo for força de normas constitucionais elementares, atribuído este papel).

Nesse sentido, trago à baila excerto do voto do Min, Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 248.018-5/SP, que, a contrario sensu, reforça o que está sendo sustentado nestes decisum:

“(...) a imposição da medida de advertência deu-se por imposição da autoridade judiciária, atendendo sugestão da representante do Ministério Público. E nem poderia ser diferente, pois a mera concessão da remissão por parte do Ministério Público, para que alcance a eficácia devida deve, necessariamente, receber a homologação judicial (...) não há violação de garantia constitucional, porquanto a medida sócio-educativa imposta ao menor emanou do órgão judicial competente (...)” (grifei)

Desta forma, ainda que se admita que a proposta ministerial de remissão venha acompanhar do cumprimento de alguma medida socioeducativa em meio aberto pelo adolescente, dever-se-á, antes de sua eventual aplicação, ouvir previamente a defesa técnica (o ideal é que o adolescente, ao ser ouvido pelo MP, já esteja acompanhado por defensor ou advogado), e, ao depois, o juiz decidirá a respeito, concordando, ou não, com a remissão proposta (a remissão propriamente) e, na sequência, decidindo (ato concreto de solução de conflito, cuja incumbência é exclusiva do Poder Judiciária) se haverá, ou não, aplicação de medida (a proposta, pois, neste particular, seria um *plus* que se admite, como dito, por economia processual e para empregar maior celeridade em procedimentos de apuração de ato infracional – cujo fator temporal tem relevante destaque – sem que ela vincule o magistrado e sem que se retire do Estado-Juiz a última palavra a esse respeito, como deve se dar em todo processo ou procedimento em que haja imposição de sanção – e medida socioeducativa é espécie de sanção).

Entendimento diverso, data venia, beira à inconstitucionalidade, pois fere, “fere de morte”, o sistema processual acusatório, que é uma cara e inalienável conquista da humanidade. **Entendimento diversos**, insisto, é tratar justamente aquele que merece “mais proteção aos seus direitos”, posto que ainda pessoa em formação (adolescente), de forma mais dura, mais rigorosa, menos garantista do que se trata a pessoa já formada (o adulto).

O desrespeito ao **sistema acusatório** é desequilibrar a “balança da Justiça” para um dos lados (o lado da acusação), abrindo-se perigoso “risco” para o cometimento de toda sorte de arbitrariedades – e a história está repleta de exemplos disto – e retirando do Estado-Juiz, naquilo que é a essência de sua função institucional e constitucional, o papel de “dizer o direito no caso concreto”, permitindo-se, por vias transversas - “remissão cumulada com medida”, sem direito de defesa, sem decisão por parte de órgão imparcial – que uma das **partes parciais do processo** (a acusação) decida a sorte – ou o “azar” – de quem, em termos processuais, está no lado oposto.

Também esclareço que o que aqui se defende em nada fere – longe disto -as atribuições do Ministério Público, sobretudo sua tarefa de “titular da ação infracional”.

Deverá ele, isto sim, em casos que tais, se adequar às regras do processo democrático, cumprindo seu nobre mister da melhor maneira possível, não se transmutando, todavia, em julgador.

Com maestria, assevera Aury Lopes Júnior (*in* Introdução Crítica ao Processo Penal, 5ª edição, 2010, Ed/Lumen Juris, páginas 162-163):

*“O antigo processo inquisitório deve ser visto como uma ‘expressão lógica da teoria do Estado de sua época’, como manifestação do absolutismo que concentrava o poder estatal de maneira indivisível nas mãos do soberano, quem legibus absolutus não estava submetido a restrições legais. **No sistema inquisitório, os indivíduos são reduzidos a mero objeto do poder soberano.** Não existe dúvida de que a idéia do Estado de Direito influi de forma imediata e direta no processo penal (...). **Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar (...).**”*

Cabe também destacar a opinião de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (in *Processo Penal e Constituição*, 5ª edição, 2009, Ed/Lumen Juris, páginas 31-32):

*“**Configura inconstitucionalidade o poder atribuído a uma das partes da relação processual, ou da futura e eventual relação processual, de submeter a outra parte, seja determinando-lhe fazer ou deixar de fazer alguma coisa (...).** A concepção de um sistema processual, ou pré-processual, baseado no princípio da dignidade, impõe um sistema processual radicalmente democrático, como é a Constituição, o que conforma a atividade das partes a um perfil também democrático. Atribuir a uma das partes o poder de submeter a outra é desfigurar a opção democrática eleita pela Constituição. **Para que não haja desequilíbrio da relação processual, qualquer imposição deve ser produto de regular processo e de regular determinação judicial (...).** Esta imposição democrática não se manifesta somente no processo penal condenatório, mas em todos os ramos do direito processual, em qualquer sistema processual. Por isso é aplicável também aos procedimentos de apuração de ato infracional. O artigo 127 do ECA permite ao MP conceder remissão ao adolescente, antes do processo, e, ao mesmo tempo, impor medida protetiva. A razão é simples: praticado o ato infracional, o adolescente é levado à presença do MP; este, que pode vir a ser a parte contrária no futuro e eventual procedimento, colhe a prova diretamente, ouvindo o menor (...); depois, se for o caso, concede a remissão, impondo a medida que entender cabível, que será levada à homologação judicial. Ora, onde estão, nesse procedimento, aqueles princípios fundamentais de um sistema processual democrático? Onde está a concepção de ser o menor sujeito da relação processual? Onde está o respeito à isonomia de tratamento? (...). Ocorre que, aqui, esta fase preliminar pode ser um fim em si mesma: basta o magistrado homologar a remissão para que a fase preliminar assumam – indevidamente” – a posição da fase instrutória judicial. Assim, o dispositivo legal referido permite remontar o processo à fase inquisitiva, comprometendo, portanto, os princípios democráticos do direito processual (...).”*

Sem mais delongas, pois, o caso é de homologar a proposta de remissão formulada pelo MP, sem imposição, todavia, de qualquer medida socioeducativa à adolescente R. T. R. M.

Isto Posto e mais o que dos autos consta, **homologo a proposta de remissão formulada pelo MP, como forma de exclusão do processo, sem contudo, aplicar medida socioeducativa ao adolescente R. T. R. M.**, já qualificada nos autos.

Oportunamente, esgotadas as vias recursais, arquivem-se, com os lançamentos e comunicações de praxe.

P.R.I.C.

Campo Grande-MS, 14 de janeiro de 2013.

Roberto Ferreira Filho
Juiz de Direito

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. DURAÇÃO. TEMPO DETERMINADO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS ARTS. 1º, § 2º, INC. III, E 35, INC. IV, DA LEI N. 12.594/2012 – SINASE.

Processo n.: 010/5.13.0000450-8 (CNJ:.0015865-23.2013.8.21.0010)

Natureza: Furto e Roubo majorado tentado

Autor: Justiça Pública

Adolescente: E. O. S.

Juiz Prolator: Juiz de Direito – Dr. Leoberto Narciso Brancher

Data: 07/05/2013

Vistos etc.

O Ministério Público ofereceu representação contra **E. O. S.**, brasileiro, solteiro, com 16 (dezesseis) anos de idade, nascido em 26/04/1996, natural de C. S./RS, filho de V. A. O. e N. L. S., residente na R. dos C., Bairro B. H., nesta Cidade, pela prática do seguinte ato infracional: **“1º ato infracional:** No dia 27 de março de 2013, por volta das 19h00min, nas proximidades da residência da vítima, Sr. J. D. W., localizada na R. dos F., Bairro B. H., em C. S., RS, o representado subtraiu, para si, um cavalo, de propriedade da vítima, após o rompimento do obstáculo à subtração. Na oportunidade, o representado, depois de cortar com uma faca (apreendida) a corda que prendia o animal, que pastava nas proximidades da casa de seu proprietário, montou-o e seguiu em direção ao Parque O. Ato contínuo, o representado caiu do animal, que entrou em outra propriedade e foi entregue, logo após, ao filho da vítima. G. K., de 14 anos de idade. **2º ato infracional:** Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, logo após a prática do primeiro ato infracional, o representado deu início ato de subtrair, para si, o mesmo cavalo, de propriedade de J. D. W., mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca com cabo de madeira de lâmina de 20 cm e comprimento (apreendida). Na ocasião, quando o filho do Sr. J. D. W., de 13 anos de idade, retornava para casa montado no cavalo, o representado, por duas vezes, apontou a faca contra ele e exigiu que o animal lhe fosse entregue. A vítima, entretanto, conseguiu fugir, sendo que seu pai, depois de chamado, logrou êxito em proceder a apreensão de E., momentos após a prática do ato infracional”.

A representação foi recebida em 28/03/2013 (fl. 40 verso), quando decretada a internação provisória do representado e designada audiência de apresentação.

Citado (fl. 48) o adolescente foi ouvido em Juízo (fls. 59/62), sendo-lhe nomeada Defensora Pública, a qual apresentou defesa prévia (fl. 70 verso).

Durante a instrução, foram ouvidas a vítima e seis testemunhas (fls. 79 verso/88 verso).

Juntado aos autos o PIA do adolescente (fls. 71/75).

Encerrada a instrução, os debates orais foram substituídos por memoriais. O Ministério Público requereu a procedência da representação com a consequente aplicação de medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividade externas. A Defesa Pública, por sua vez, requereu a improcedência da representação, e, na hipótese de procedência, seja aplicada apenas medida protetiva.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

1. PRELIMINARES

1.1. Da inexistência de nulidade por suposta afronta ao Princípio do Contraditório.

Rejeito a preliminar de nulidade do processo por suposta afronta ao princípio do contraditório, eis que a ausência do adolescente na sala de audiências durante a oitiva das testemunhas não figura nulidade no caso concreto. Isso porque restou nítida a necessidade de afastamento do adolescente para preservar a integridade dos depoentes, diante do risco decorrente da animosidade constatada nos autos, o que restou consignado no Termo de Audiência (fl. 76), levando-se em conta as circunstâncias em que foi cometido o ato infracional e a postura do adolescente ao tempo da audiência de representação.

Ademais, estabelece o art. 217 do CPP, *verbis*:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prossequindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único: A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar no termo, assim como os motivos que a determinaram”.

2. MÉRITO

A instrução demonstrou, de forma incontroversa, a ocorrência dos fatos tal como descritos na representação, os quais entretanto apenas estarão a merecer definição jurídica diversa, com a desclassificação do primeiro ato infracional para furto simples consumado (artigo 155, *caput*, do Código penal) e do segundo para roubo majorado tentado (artigo 157, §2º, inciso I, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal), em concurso material entre ambos (artigo 69 do Código Penal).

2.1. Furto Simples Consumado (1º Ato Infracional).

A materialidade do ato restou comprovada pelo auto de apreensão em flagrante das fls. 07/35 e auto de avaliação indireta das fls. 69/70, como, também, pela prova oral.

A autoria restou estreme de dúvidas diante dos fatos minuciosamente narrados e reiterados pela vítima G.K.W. (que conta com apenas 14 anos de idade) e pelas testemunhas ouvidas em Juízo, que dão conta de ter o representado na data e local referidos na representação furtado um cavalo de propriedade da vítima, que estava amarrado com uma corda na beira da calçada em uma rua, próximo à residência da vítima e do próprio ofensor que é vizinho de bairro da primeira.

Segundo extrai-se do acervo probatório, em especial dos depoimentos prestados em Juízo, o representado estava passando na via pública, quando visualizou o equino à beira da estrada e ao cortar a corda que o prendia, montou

no cavalo no pêlo e empreendeu fuga, consumando o furto ao tomar posse do semovente e sair da esfera de vigilância da vítima. Instantes depois, porém, o animal teria acelerado o trote, vindo o representado a cair no chão, e seguido sozinho em direção a uma hotelaria para cavalos de propriedade de um conhecido da vítima. O representado perseguiu o animal e adentrou na hotelaria, oportunidade em que tentou convencer o funcionário do local, C.D.S.A. de que era o dono no animal, sem êxito, até que a vítima, acompanhada de um amigo, chegou também à hotelaria, seguindo informações colhidas de populares e retomou a posse do bem jurídico furtado.

Impende salientar que o primeiro e segundo fatos descritos na peça acusatória aconteceram de forma sucessiva, finalizado o último quando da apreensão do representado, que foi contido pelo pai da vítima e uma policial militar, prima da vítima, que chegou ao local e deu voz de apreensão, algemando o representado até a chegada do efetivo da Brigada Militar em serviço. Dessa forma, inexistente qualquer incerteza a respeito da autoria.

O adolescente, ouvido em Juízo (fls. 59/62), não negou ter se apossado do cavalo, mas tentou ludibriar o Juízo ao referir que *“Eu peguei o cavalo, estava indo para a escola lá no colégio, ia na frente do colégio pra pegar minha namorada, só que o cavalo estava lá, eu montei nele. O cavalo era brabo, o cavalo disparou para o F., ele foi para o F., não parou mais, continuou reto. Até que quando eu vi eu tive que me jogar dele e na hora em que me joguei voltei correndo atrás dele, peguei ele de volta, os donos vieram. (...) Eu não roubei cavalo nenhum”*. Ocorre que a negativa não tem o condão de esvaziar o quadro probatório que se desenhou nos autos, e tampouco a versão apresentada é verossímil, eis que o depoimento não encontra amparo com o desenrolar dos fatos. Se pretendia o adolescente apenas “dar uma volta com o cavalo”, por que seguiu até a hotelaria e insistiu em convencer o dono de que era o proprietário do animal? Por que ao ficar diante da vítima não se desculpou e foi embora para casa?

A vítima esclareceu os fatos ao ser ouvida em Juízo (82 e seguintes). Disse que estava na companhia de um amigo seu quando foi comunicado por sua mãe do furto do seu cavalo e *“quando conseguimos enxergar ele fomos correndo atrás”*. Ao tempo do inquérito policial informou (fl. 31) que após a notícia seguiu de carro, na companhia do amigo R., pelo caminho apontado por populares como sendo o trajeto do cavalo, chegando ao Bairro Parque O., quando avistou o cavalo correndo sozinho em direção a um galpão de cavalos, que é de propriedade de um conhecido seu. Refere que ao adentrar no local avistou o representado que o chamou de *“viadinho”* e *“tentou avançar”* no seu amigo R. Após, o dono do galpão lhe emprestou uma encilha e saiu montado no cavalo.

A mãe da vítima, M.K., ouvida perante autoridade judiciária (fl. 83), aduziu que o cavalo estava pastando perto da sua casa, quando foi informada de que teriam cortado a corda e levado o animal, pelo que avisou seu filho que acabou localizando o equino em uma hotelaria. Diz ter ido até o local, juntamente com seu cunhado, e que lá esperaram o cavalo descansar, quando seu filho encilhou o cavalo e saiu montando o mesmo, enquanto seguia de carro atrás, na companhia do cunhado, a fim de dar guarida e segurança ao filho.

Ouvido o encarregado do estabelecimento (fls. 84/85 verso), C.D.S.A., este reiterou as informações prestadas, dizendo que estava na sua hotelaria quando

viu um cavalo que entrou correndo e que reconheceu como sendo de propriedade da vítima que diz ser seu amigo, narrando: “*Nisso chegou um guri correndo atrás: ‘eu vim pegar o meu cavalo que escapou’. Eu disse: ‘Esse cavalo não é teu, conheço esse cavalo e ele não é teu’ Diz ele: ‘O gurizinho me emprestou’. ‘Mas qual gurizinho’. Diz ele: ‘Eu não sei’. Digo: ‘Olha tu não vai fazer sujeira’.*” Refere que nesse momento chegou no local a vítima G., quando encilhou o cavalo para o mesmo poder ir embora levando o animal.

E diante do quadro probatório, concluo que o representado praticou o ato infracional de furto, que restou consumado, ao inverter a posse do bem e retirá-lo da esfera de vigilância da vítima (foi localizado no Parque O. que fica aproximadamente 05 Km do local onde furtado), ainda que posteriormente tenha perdido o controle do animal e permitido que fugisse do seu alcance.

Por outro lado, entretanto, e ainda com relação ao furto, não há como reconhecer-se a qualificadora do rompimento de obstáculo. O cavalo estava amarrado para não avançar à via pública, mas havia livre acesso do agente ao animal, nesse aspecto, o simples ato de cortar a corda não pode ser entendido como um obstáculo ultrapassado pelo agente. Nas circunstâncias, equivaleu a desamarrar a corda. Para restar configurada a qualificadora em questão, deve haver um embaraço, uma barreira que impeça ou dificulte o acesso ao objeto do delito, o que não se percebe no caso. No mais, ainda que caracterizasse o rompimento de obstáculo, não seria reconhecida a qualificadora na hipótese, por indispensável o auto de exame de corpo de delito (art. 158 do Código de Processo Penal) nos delitos que deixam vestígios, entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2.2. Roubo Majorado Tentado (2º Ato Infracional)

A materialidade do ato vem comprovada pelo auto de apreensão da fl. 12, auto de avaliação indireta das fls. 69/70, como, também, pela prova oral.

No que tange à autoria, restou igualmente certo o cometimento do ato infracional pelo representado, restando clareado nos autos que após os acontecimentos descritos no primeiro ato infracional, o adolescente não conformado com a perda da posse da *res furtivae*, aguardou a vítima sair da hotelaria montada no cavalo e tomar seu rumo de casa, quando seguiu-a durante o percurso e tentou, mediante grave ameaça exercida por meio de uma faca, subtrair o cavalo da vítima G. K. W.

Nesse sentido, declarou a vítima em Juízo (fl. 82 verso) que ao sair da hotelaria, no caminho para casa, o representado tentou avançar no mesmo, narrando: “*Eu estava indo com o cavalo e ele estava sentado quando me enxergou ele veio correndo para perto de mim tentando, e eu voltei para trás (...) Eu fiquei com medo, ou ele machucava eu ou ele machucava o cavalo (...) Estava com uma faca*”. Complementa dizendo que o seu pai foi chamado por seu tio e conseguiu pegar e segurar o representado.

A mãe da vítima, M. K., que vinha seguindo o filho em um carro, na companhia de seu cunhado, aduziu ao prestar seu depoimento que: “*Em uma altura do caminho nós estávamos tranquilo, porque tinha mandado o guri embora, o guri avançou*

no meu filho. **Ele veio querendo dar fadas, machucar o meu filho para o meu filho dar o cavalo para ele, ele queria o cavalo.** Meu filho voltou correndo para o meu lado gritando e chorando ‘Mãe, mãe’. A gente deixou de novo, ele foi foi, e sumiu o guri. Ele avançou de novo em nós, **ele queria o cavalo**” (fl. 83 verso). Referiu, ainda, que após o episódio ligou para o seu marido e para sua sobrinha que é policial militar, e que estes vieram para auxiliá-los. Diz que o primeiro a chegar no local foi seu marido que correu, alcançou e segurou o representado, momento em que o adolescente “*jogou fora*” a faca que segurava. Em seguida, diz ter chegado a policial militar, que procedeu a apreensão do adolescente.

A pessoa de J. D. W., pai da vítima G., por sua vez, deu sua versão dos fatos, que vem ao encontro dos demais depoimentos colhidos. Disse que sua esposa ligou para ele contando que o cavalo do filho havia sido “roubado” e já tinha sido recuperado, ligando novamente uns vinte ou quarenta minutos depois, solicitando ajuda porque o adolescente estaria seguindo seu filho, tentando pegar o cavalo de volta. Aduz que foi ao encontro deles no Parque O. e lá avistou o “*guri*” e ele e seu cunhado cercaram ele, quando conseguiu pegar o adolescente, que teria jogado a faca que segurava, a qual resgatou. Disse que em seguida chegou sua sobrinha que é policial militar. Esclarece que somente foi atrás do adolescente porque ele ameaçou seu filho com uma faca. Negou ter machucado o representado, dizendo que apenas “segurou” e “firmou” com os pés para ele não fugir.

A testemunha E. F. P. disse ser prima da vítima e sobrinha de Joversi, e ter doado o cavalo ao seu tio (que deu ao filho), e que chegou no local quando o adolescente já estava contido, tendo apenas algemado e acompanhado sua condução à Delegacia de Polícia (fls. 85/87).

Por fim, a testemunha L. F., policial militar, que acompanhou a apreensão do adolescente, afirmou ter chegado ao local da ocorrência e encontrado sua colega, bem como os proprietários do cavalo. Disse que lhe foi apresentada a faca apreendida. Ainda, aduziu acreditar que o adolescente não estava sob o efeito de drogas na ocasião (fl. 87 verso).

Assim, incontestemente o cometimento do ato infracional do roubo majorado pelo representado, na forma tentada (não houve em qualquer momento a inversão da posse), que ameaçou a vítima com uma faca, no intuito de subtrair-lhe o cavalo.

3. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

3.1. Determinação da duração da medida

Pertinente a acusação, passo à aplicação da medida, e aqui o faço segundo aquela que compreendo seja a melhor interpretação do sistema de jurisdição penal juvenil instituído pela Lei 12.594, de 18.01.2012.

Assim porque a nova Lei, ao estabelecer quais serão os três objetivos fundamentais do cumprimento (e, por pressuposto, da sua aplicação) da medida socioeducativa, refere destinar-se esta à “desaprovação da conduta infracional, **efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei** (Art. 1º, § 2º, inc. III – grifei).

De entender-se daí que novo dispositivo legal, senão exatamente derogou o § 2º do art. 121 do ECA, segundo o qual **“A medida não comporta prazo determinado...”**, exige seja ele reinterpretado, compreendendo-se doravante, numa combinação conciliatória entre ambos os dispositivos, estar definido que **“A medida não comporta prazo determinado... (respeitadas) as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos”**.

A par de integradora dos dois dispositivos aparentemente antinômicos, essa também a única compreensão capaz de assegurar a conjugação harmônica dos três objetivos atribuídos pela nova Lei à execução das medidas (art. 1º, § 2º), haja vista tratar-se de solução que a um só tempo limita sua carga retributiva (contemplada no ref. Inc. III do § 2º do art. 1º), e estabelece na prática o respeito ao princípio da proporcionalidade da sanção com relação à ofensa cometida, ora expressamente inscrito no inc. IV do art. 35 da mesma Lei 12.594/2012.

O fato histórico presente na nova Lei é ter chegado o legislador ao reconhecimento da função de reprovação penal ínsita à medida socioeducativa, nos termos do referido inc. III do § 2º do art. 1º, pacificando o impasse e a incompreensão - mais comum entre os leigos - a respeito da presença de um componente sancionatório e coercitivo, de natureza penal, em resposta ao ato infracional cometido por adolescente.

Limitam-se assim, salutarmente, os excessos que poderiam ser assumidos pelo cumprimento da imposição sentencial com seu indissociável viés retributivo, ainda que sob a justificativa de que a medida socioeducativa deveria ser compreendida como um benefício, a ser generosamente subministrado, e não um gravame constritivo a ser rigorosamente limitado.

Tal reconhecimento, no entanto, não veio isolado, de forma a converter a medida socioeducativa em mera sanção penal. Do contrário, veio imbrincado com dois outros importantes vetores, inscritos nos incisos I e II do § 2º do art. 1º – que haverão de coexistir e interagir ao longo do cumprimento da medida – podendo-se assegurar que, na medida em que os processos de auto-responsabilização e de integração social do adolescente prosperem, poderão ser abrandados os controles coercitivos.

Sendo assim, o cumprimento da medida deverá sempre pautar-se pelos tradicionais objetivos de promover a reinserção social e a reabilitação do infrator, contemplados a título de “integração social”, pelo inc. II do § 2º do art. 1º).

Mais ainda, doravante introduziu-se no Sistema Socioeducativo uma inovadora perspectiva pedagógica, fundada nos princípios da Justiça Restaurativa, representada pela compreensão e elaboração, por parte do executado, das consequências materiais e relacionais da infração praticada, juridicamente representada pelo desafio a que se coloque empaticamente no lugar da vítima e possa, de algum modo, dedicar-se à reparação do dano, seja de forma real ou simbólica – esse o sentido da “responsabilização”, pelo inc. I do § 2º do art. 1º.

O que dispõe o inc. III § 2º do art. 1º da nova Lei, no entanto, é que, por mais que louváveis, todos os esforços do atendimento no sentido da integração social (inc. II) ou da responsabilização (inc. I), nunca poderão exceder os limites daquilo que a razoabilidade jurídica defina como desaprovação (ou reprovabilidade, inc. III) proporcional da conduta praticada.

E tal solução não prescindirá de critérios objetivos, retirando a medida socioeducativa, portanto e definitivamente, do pantanoso campo de subjetivismo e discricionariedade relacionado à indeterminação temporal da sua duração, até aqui somente sujeita ao limite máximo de 3 anos, inobstante a natureza e gravidade do fato praticado.

Nesse novo contexto normativo, pois, é de concluir-se que o legislador impôs uma releitura do § 2º do art. 121 do ECA, aliás compatível com as posições doutrinárias até então minoritárias, como aquelas que, com base no direito comparado, sustentaram que a medida deve conter prazo máximo determinado em sentença, suscetível de antecipação conforme o atingimento dos objetivos do plano individualizado de atendimento (PIA).

Conclui-se daí que, embora caiba à sentença definir a duração máxima da medida (“**parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos**”), persiste a possibilidade de revisão periódica, em benefício do executado, podendo-se a concessão de benefícios como a mudança de regime, ou progressão para medida mais branda, ou mesmo o desligamento, tão logo se evidencie terem sido alcançados os objetivos traçados no PIA atinentes à sua integração social e responsabilização¹. E por esse motivo a medida continuará não comportando prazo de duração determinado, ressalvado o parâmetro máximo definido em sentença.

3.2. Critério de Quantificação

Justificada a fixação do prazo máximo da medida, questão conseguinte consiste em identificar quais possam ser adotados como “*os limites previstos em lei*”, a que se refere a parte final do mesmo dispositivo que instituiu a limitação temporal (art. 1º, § 2º, inc. III).

Fato é que a Lei 12.594/2012 reproduz em concreto um dos fenômenos sócio-políticos mais marcantes e repetitivos das democracias contemporâneas, representado pela excessiva generalidade do direito positivado, remanescendo a cargo do judiciário adotar interpretações supletivas.

A ausência de regra expressa, ou de formulação doutrinária ou jurisprudencial de um critério objetivo satisfatório, aliás, vem sendo o principal fator a justificar que a corrente defensora da determinação do limite temporal das medidas socioeducativas tenha até aqui alcançado mais simpatizantes do que adeptos.

Com efeito, embora o legislador tenha logrado avançar nos aspectos orgânicos e, em certa medida, procedimentais do denominado Sistema Socioeducativo – SINASE, no que se refere ao seu conteúdo dogmático não se produziu consenso capaz de formular mais do que as diretrizes principiológicas definidas no § 2º do art. 1º, nos diversos incisos do artigo 35, e algumas disposições esparsas e pontuais.

Ou seja: não obstante a predisposição do legislador no sentido de atribuir ao juiz o poder-dever de fixar na sentença o “**parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos**”, não alcançou o mesmo consenso no que se refere ao regramento objetivo dos critérios para quantificação temporal da medida, ponto que restou em aberto e desafiando a construção jurisprudencial.

1 – A exemplo, vide a legislação da Justiça Juvenil espanhola, em que a sentença define o prazo máximo da medida, exigindo-se o cumprimento de 1/3 do prazo a fim de que o executado possa ser contemplado com a antecipação de eventual benefício.

Já somam-se longos anos de debates e exercícios de cálculo a respeito dessa controvertida questão. O período que remonta a junho de 1998, quando da publicação, em seminário técnico realizado na cidade de Blumenau, SC, do primeiro esboço de um anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas, de iniciativa e lavra do ex-integrante da Comissão de Redação do ECA e Desembargador catarinense Antônio Fernando do Amaral e Silva.

Desde então, a solução mais pragmática, segura e em diversos sentidos eficiente para esse dilema mostrou-se ser aquela sugerida pelo magistrado gaúcho Dalmir Franklin de Oliveira Júnior², titular da Vara Regional da Infância e da Juventude de Passo Fundo, que segue exposta e que irá conseqüentemente adotada. Segundo a proposição do ilustrado magistrado, correspondendo o ato infracional, nos termos do art. 103 do ECA, aos mesmos tipos penais previstos para os imputáveis, o tempo máximo da internação previsto no ECA, que são 3 anos, guarda proporção direta com o tempo máximo de cumprimento da pena criminal, que são 30 anos.

Portanto, a duração máxima da medida socioeducativa deve guardar correspondência proporcional com o máximo da pena criminal prevista para o imputável. Ou seja, a medida socioeducativa terá como parâmetro uma duração próxima a 1/10 do máximo da pena criminal.

Estabelece-se assim um critério de proporcionalidade objetiva em torno do qual serão moduladas as circunstâncias genéricas (nos termos do art. 112, § 2º do ECA c/c art. 59 do Código Penal), bem como atenuantes e agravantes, e causas especiais de aumento e diminuição.

Por concluir, agrega-se a permissão, em matéria penal juvenil, de que mesmo as circunstâncias gerais, assim como as agravantes e atenuantes (que não podem alterar o *quantum* da pena máxima ou mínima em matéria criminal), poderão fazer oscilar a duração da medida, aumento-a ou diminuindo-a com relação ao parâmetro.

3.3. Fixação da medida

Seguindo esse critério, pois, passo a fixar e individualizar a medida, em **respeito aos princípios da individualização e proporcionalidade, reitores da medida socioeducativa, instituídos pelos incisos VI e IV do art. 35 da Lei 12.594/2012.**

Nos termos do art. 155, *caput*, do Código Penal, a pena máxima para o furto, tal como verificado no caso, seria de 04 anos, nos termos do exposto o parâmetro temporal, calculado à razão de 1/10 para a medida socioeducativa, será de 04 meses e 24 dias.

Nos termos do art. 157, *caput*, do Código Penal, a pena máxima para o roubo, tal como verificado no caso, seria de 10 anos, nos termos do exposto o parâmetro temporal, calculado à razão de 1/10 para a medida socioeducativa, será de 01 (um) ano.

Em atenção às circunstâncias do art. 112, § 1º do ECA e art. 35, inc. VI, a aplicação da medida deve levar em conta a *capacidade do adolescente cumpri-la, a idade,*

2 – Apresentação pessoal por ocasião do Curso de Atualização para Magistrados, realizado pela Escola da Magistratura da AJURIS em 24 e 25 de maio de 2012.

as circunstâncias e a gravidade da infração. Segundo a linha de raciocínio antes exposta, a especificação das circunstâncias genéricas, tal como contempladas no ECA, a bem de respeitar critérios legais específicos, deve seguir as operadoras do art. 59 do Código Penal, de modo a atender-se à “culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”.

A culpabilidade em sentido estrito, ora apreciada, guarda relação com o grau de censura social merecido pelo agente em função do fato julgado, atuando como elemento limitativo da pena. No caso, entendo que a reprovabilidade restou normal à espécie, inexistindo notícias de violência física empregada às vítimas, não ultrapassando o campo das ameaças. O adolescente não possui antecedente criminal. Quanto à conduta social, há informação nos autos que indica forte dependência química. Sobre a personalidade, a avaliação psicológica aponta agitação e agressividade. A motivação foi de âmbito material, para lucro fácil, inexistindo base para aumento por comum à espécie. As circunstâncias e a consequência foram as comuns à espécie, apreciando-se a grave ameaça do roubo exercida pelo uso de arma branca no terceiro momento do sistema trifásico de exasperação da pena, e, quanto à perda material, percebe-se inexistente posto que a *res furtivae* foi retomada. Não houve concorrência da vítima para a ocorrência do delito. Diante desse conjunto, concluo pela preponderância ligeiramente positiva das circunstâncias, motivo pelo qual mantenho os parâmetros inicialmente indicados.

Ausentes agravantes e atenuantes. A seguir, considerando a majorante reconhecida como incidente, de grave ameaça exercida com emprego de arma branca, adoto a majoração na sua fração mínima (1/3), elevando o parâmetro para 1 (um) ano e 04 (quatro) meses. Presente a minorante da tentativa, e considerando que o representado estava distante da consumação, adoto a diminuição em sua fração média (1/2), chegando a 8 (oito) meses.

Por fim, procedo a soma dos parâmetros acima fixados em atenção ao concurso material dos atos infracionais, não havendo como reconhecer-se no caso a continuidade delitiva, por não tratarem furto e roubo de delitos da mesma espécie, em que pese terem a mesma natureza (crime patrimonial), chegando-se ao prazo máximo para privação da liberdade ou restrição de direitos em 12 (doze) meses e 24 (vinte e quatro) dias.

3.4. Definição da medida

Outrossim, tomando em consideração não apenas a gravidade objetiva dos fatos ocorridos, mas sobretudo as circunstâncias pessoais do adolescente, que estão se agravando de forma preocupante, conforme relato de sua genitora, que noticia, inclusive, pequenos furtos cometidos pelo mesmo na vizinhança, tenho por inevitável a cominação de medida privativa da liberdade em seu rigor máximo representado pela internação sem atividades externas, como forma de sinalização inicial do elevado grau de reprovabilidade da conduta (Lei 12.594, art. 1º, 2º inc. III). Consigno que o adolescente deverá ser acompanhado com rigor pela equipe do CASE, sem descuidar do acompanhamento terapêutico, **em atenção ao artigo 64 e parágrafos da Lei nº 12.594/2012**, promovendo, ainda, ações que proporcionem a reintegração social do adolescente.

FACE AO EXPOSTO, **JULGO PROCEDENTE** a representação para **CONDENAR** o representado E. O. S. na prática dos atos infracionais descritos nos artigos 155, *caput*, e artigo 157, §2º, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal, **impondo-lhe a medida de INTERNAÇÃO, pelo prazo máximo de 01 (um) ano e 24 (vinte e quatro) dias**, a ser inicialmente cumprida **Sem Possibilidade de Atividades Externas (ISPAE)**.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, o representado pessoalmente, devendo na ocasião sere indagado pelo oficial quanto à intenção de recorrer.

Oportunamente, forme-se o PEM do adolescente.

Caxias do Sul,

Leoberto Narciso Brancher
Juiz de Direito

**DOCUMENTO
HISTÓRICO**

ANTEPROJETO DE LEI DE EXECUÇÕES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – 1998 – EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA

Advogado. Desembargador aposentado do TJSC.

Integrante da Comissão do Ministério da Justiça que elaborou o projeto de lei do ECA.

Ex-professor da cadeira de Direito da Criança e do Adolescente da Escola Superior da Magistratura e da Academia Judicial do TJSC.

É cediço, o trânsito em julgado não exaure a atividade jurisdicional.

A crise da execução, motivada pela inexistência de propostas pedagógicas e de regras claras e precisas a respeito da prática das medidas socioeducativas, exige regulamentação, que só será efetiva e uniforme através de lei.

A regulamentação, abolindo práticas paternalistas e repressivas que tanto contribuem para a ineficácia de sentenças e descrédito do sistema, exsurge como indispensável à adequada aplicação das medidas socioeducativas.

A execução precisa ser dinâmica e humana. Envolver o adolescente, a família e a comunidade.

Há que se disciplinar e controlar os atos executórios. Instituir incidentes e recursos capazes de conter o possível arbítrio da administração, intervindo o Juiz para dirimir eventuais conflitos entre os interesses do Estado e os direitos do adolescente.

O caráter impositivo, forçado, da execução, com sérias restrições a direitos fundamentais, notadamente à liberdade de ir e vir, com possibilidade de abusos e desvios, exige controle jurisdicional.

Sendo próprio das medidas socioeducativas a mudança a qualquer tempo, o fato bastaria para justificar a regulamentação dos respectivos incidentes processuais.

Ao direito público subjetivo de educar coercitivamente (pretensão socio-educativa) se contrapõe o direito subjetivo à liberdade. É necessário explicitar (princípio da legalidade) as restrições e os direitos do adolescente durante o período em que permanecer submetido ao Estado.

O devido processo garantirá que o adolescente não sofra mais restrições do que as constantes da sentença, e que o aspecto predominantemente pedagógico seja característica primordial da medida. Também que o plano de execução, fiscalizado pelo Ministério Público e pela defesa, com a participação de pais ou responsáveis, seja rigorosamente observado.

No esboço para o anteprojeto da Lei de Execuções que encaminhei ao eminente Dr. José Gregori, Secretário Nacional de Direitos Humanos, a matéria foi dividida em oito títulos, subdivididos em capítulos e seções.

O título I trata do objeto e da aplicação da Lei. O II, dividido em quatro capítulos, referindo-se ao sentenciado e ao internado, regula o plano de execução, a assistência, os deveres, os direitos e a disciplina.

O título III refere-se aos Órgãos da Execução. Possui quatro capítulos.

Explicitando a matéria a respeito dos encarregados da execução e suas atribuições, disciplina o juízo da execução, as funções do Ministério Público e dos estabelecimentos socioeducativos.

O título IV, composto de seis capítulos, regula minudentemente as medidas socioeducativas e sua aplicação prática.

O título V, em dois capítulos, trata da execução do tratamento dos adolescentes portadores de doença ou deficiência mental.

O título VI disciplina os incidentes da execução e, em dois capítulos, dispõe a respeito das conversões, da progressão e regressão de medidas e dos possíveis desvios da execução.

O título VII normatiza os recursos, e o VIII contém disposições finais e transitórias.

As necessidades pedagógicas; o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; a reflexão sobre as circunstâncias e consequências do ato infracional; o reforço do sentimento de dignidade e autoestima; a incorporação ativa do adolescente na elaboração e execução do Plano Individual de Execução; os contatos abertos com a família e a comunidade; e os esforços com vistas ao desenvolvimento pessoal e social do adolescente são colocados como metas de operadores administrativos e judiciais.

A interpretação é a sociológica.

Despontam os fins “da reintegração social em ambiente de respeito, visando à conscientização de direitos e responsabilidades”.

As fontes interpretativas formais são as mesmas do Estatuto: os Documentos Internacionais de Direitos Humanos que consubstanciam a Doutrina da Proteção Integral.

Passa a ser normatizada a obrigação de colaborar dos pais, responsáveis, educadores e de todos que tenham relação com o adolescente. Também o âmbito de aplicação da nova Lei: “Adolescentes que tenham entre doze e dezoito anos incompletos quando do cometimento do ato infracional e às pessoas entre dezoito e vinte e um anos relativamente aos atos infracionais praticados quando adolescentes”.

Facilita-se a atividade dos administradores, possibilitando o remanejamento do adolescente de uma para outra entidade, bem como outras decisões.

Os agentes da execução terão de ser especializados, dando-se preferência a educadores, trabalhadores sociais, psicólogos e advogados.

Possibilita-se que pessoas idôneas, com experiência na área social ou ligadas afetivamente ao adolescente, sejam admitidas como auxiliares da execução.

Exige-se que os encarregados se orientem e harmonizem com as diretrizes dos Conselhos de Direitos.

Um dos grandes males, a falta de proposta pedagógica, é superado. Surge obrigatório o Plano Individual de Execução.

O Plano, espinha dorsal da prática administrativa, a ser elaborado com a participação do adolescente e, sempre que possível, dos pais ou responsável, deverá conter “descrição clara dos passos a seguir e dos objetivos pretendidos com a medida correspondente”.

Afastam-se as frequentes perplexidades, decorrência de incertezas e da falta de perspectiva dos adolescentes quanto ao tempo de sujeição a medidas socioeducativas, principalmente privativas de liberdade.

Pais ou responsáveis que não colaborarem sujeitar-se-ão à suspensão ou perda do pátrio poder com conseqüências, inclusive de natureza alimentar.

No tocante à assistência, reforça-se a jurídica, tornando-se obrigatórios, nos Centros de Internação, órgãos mantidos pela Defensoria Pública, OAB, Escritórios Modelos de Universidades ou ONGs, inclusive centros independentes de cidadania.

Exige-se orientação e acompanhamento das famílias e dos egressos pelos Conselhos Tutelares, que deverão manter “estreita colaboração com os órgãos da execução”.

O trabalho educativo e a prestação de serviços nos locais utilizados pelos adolescentes passam a ter disciplinamento próprio, enfatizados “como dever social e condição de dignidade humana”.

As atividades pedagógicas são regulamentadas e passam a depender do Plano Individual de Execução, sendo desenvolvidas, inclusive, junto ao ensino regular.

Deveres, direitos, disciplina, sanções e recompensas são explicitados. Adota-se, relativamente aos Centros Administrativos e encarregados da execução, o princípio da legalidade.

Contribuindo para fortalecer a consciência da responsabilidade social de adolescentes e operadores administrativos, surgem, preestabelecidas, regras claras e precisas de relacionamento.

A respeito dos órgãos de execução, o esboço trata, minudentemente, dos executores propriamente ditos (estabelecimentos socioeducativos) e integrantes do Sistema da Execução, sejam normativos (Conselhos), sejam de atividade jurisdicional (promotores, advogados, juízes, peritos), definindo a competência de cada um.

Aos Conselhos de Direitos, observadas as normas gerais do Conselho Nacional, entre outras, atribui-se competência para estabelecer diretrizes da política de prevenção aos atos infracionais; avaliação do sistema socioeducativo; pesquisa criminológica na área da delinquência juvenil e programa nacional de aperfeiçoamento de servidores.

A participação dos Conselhos Tutelares passa a ser exigida porque a etiologia da prática infracional decorre de fatores geralmente ligados ao contexto sociofamiliar.

O acompanhamento de egressos passa a ser precedido da preparação da família e da comunidade, tarefa colocada como de responsabilidade dos Conselhos Tutelares.

É consabido que grande parte dos adolescentes institucionalizados provêm de comunidades distantes dos Centros Educacionais, impondo-se trabalho de integração sociofamiliar que só pode ser realizado nos respectivos municípios. Assim, os Conselhos Tutelares passam a atuar coordenadamente com o pessoal encarregado da execução visando a promover, dentro do possível, o estabelecimento ou restabelecimento de vínculos familiares e comunitários, bem como o encaminhamento de pais ou responsáveis a programas oficiais ou comunitários de promoção da família.

A falta de Juízo Especializado de Execução nas comarcas-sedes de estabelecimentos educacionais vem provocando dificuldades pela demora na solução de incidentes, principalmente no que tange à progressão de medidas.

O surgimento da Lei de Execução motivará o legislador estadual a criar varas especializadas.

Com as novas unidades, os procedimentos serão agilizados, simplificando e uniformizando práticas.

A providência propiciará condições para a tão desejada eficácia da sentença.

O delineamento explícita, ainda, a competência e as atribuições do Juiz, do Ministério Público e dos advogados.

Quanto aos estabelecimentos socioeducativos, traça diretrizes para a construção de Centros de Internação e Semiliberdade, normatizando aspectos ligados às necessidades pedagógicas, de segurança, de lazer e de reabilitação.

Preocupado com os jovens infratores que já completaram dezoito anos, deixa claro que cumprem sentença em instituição própria, podendo ser encaminhados a estabelecimentos de adultos, observada a completa separação, em dependência especial.

O esboço traça, também, regras detalhadas a respeito das medidas socioeducativas e do seu cumprimento, o que facilitará a elaboração da proposta pedagógica e do Plano Individual de Execução.

Passa-se a exigir Guia de Execução, cujo conteúdo é regulamentado, visando a evitar que adolescentes sejam encaminhados sem os necessários registros e documentos, principalmente aqueles indispensáveis ao plano de execução e à reintegração sociofamiliar.

O bosquejo valoriza o caráter pedagógico e progressivo da execução, exigindo laudos, pareceres e decisões motivadas, o que facilitará o devido processo legal e os recursos a ele inerentes.

A conversão, progressão e regressão de medidas, bem como os incidentes de excesso ou desvio de execução, são pormenorizadamente disciplinados. Legitimam-se, além do Ministério Público, o defensor, a autoridade administrativa, os pais ou responsável. A providência democratizará e agilizará a execução.

Problemas dos mais angustiosos dizem respeito aos adolescentes infratores irresponsáveis ou perigosos em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Geralmente encaminhados a Centros de Internação que, não dispendo de infraestrutura adequada, não podem propiciar o necessário tratamento, permanecem adolescentes e demais internos, bem como educadores, em situação de perigo e sem alternativas.

O esboço, procurando solucionar o problema, estabelece, em título próprio, regras para o tratamento, visando a maior proteção a tais adolescentes e à sociedade.

Disciplinando o respectivo internamento em instituição adequada, regula a sentença declaratória da irresponsabilidade e as condições para averiguação da cessação da periculosidade.

Nas disposições finais e transitórias, enfrenta o tormentoso tema da individualização das medidas socioeducativas, estabelecendo regras objetivas.

Pondo fim a divergências doutrinárias e jurisprudenciais, fixa o prazo de dois anos para a prescrição da ação e da execução das medidas socioeducativas.

Não tem sentido que jovens adultos entre 18 e 21 anos (imputáveis frente ao Código Penal), pela prática de idêntico fato, se beneficiem com a prescrição, não se sujeitando a nenhuma resposta, enquanto os adolescentes podem ser submetidos a medidas restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

Entre muitos exemplos, cabe citar as respostas pelos delitos de trânsito, em que jovens adultos se beneficiam com curta prescrição, dois anos, enquanto adolescentes permanecem sujeitos a prestar serviços à comunidade.

Abandonando paternalismo e repressão, o esboço procura sistematizar e uniformizar os atos executórios, visando a tornar efetivo o caráter pedagógico das medidas socioeducativas valendo-se de respostas justas e adequadas, conforme a moderna criminologia, dentro dos princípios da Doutrina da Proteção Integral.

Não procede o receio de que uma Lei de Execução possa introduzir normas repressivas. Ao contrário, a proposta inclui normas garantistas, limitadoras do possível arbítrio do Estado.

O que se propõe é, apenas, uma lei adjetiva, de forma que nada altere a substância das medidas socioeducativas.