

**GARANTIAS PROCESSUAIS NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DAS
MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

GLADSON RAEFF ROCHA

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| | |
| CAPÍTULO I – O atual perfil do Direito da Infância e da Juventude no Brasil: da Doutrina da Situação Irregular à Proteção Integral | 3 |
| 1.1 Primórdios da formação do Direito da Criança e do Adolescente | 3 |
| 1.2 O desenvolvimento dos Tribunais de Menores e a Doutrina do Direito Penal do Menor | 4 |
| 1.3 As origens da Doutrina Jurídica da Situação Irregular | 5 |
| 1.4 A transição paradigmática para a Doutrina da Proteção Integral | 8 |
| 1.5 A Doutrina da Proteção Integral no Brasil | 11 |
| | |
| CAPÍTULO II – O Direito Penal Juvenil: natureza jurídica do ato infracional e da medida socioeducativa | 16 |
| 2.1 A inimizabilidade penal e o sistema de responsabilização juvenil | 16 |
| 2.2 A natureza jurídica do ato infracional | 18 |
| 2.3 A natureza jurídica da medida socioeducativa | 22 |
| 2.4 O Direito Penal Juvenil e o garantismo jurídico | 25 |
| | |
| CAPÍTULO III – O processo como instrumento de garantias: o garantismo penal de Luigi Ferrajoli | 28 |
| 3.1 Os pressupostos epistemológicos da teoria de Ferrajoli | 28 |
| 3.2 A razão no direito penal no confronto entre cognitivismo e decisionismo | 29 |
| 3.3 Os princípios inspiradores do sistema garantista | 32 |
| 3.4 O Direito Penal Mínimo e o Sistema Acusatório | 35 |
| | |
| CAPÍTULO IV – Garantias processuais na aplicação e na execução das medidas socioeducativas: garantismo penal no Estatuto da Criança e do Adolescente | 41 |
| 4.1 O sistema de garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente | 41 |
| 4.2 O procedimento para apuração de atos infracionais e as medidas socioeducativas | 43 |

| | |
|---|--------|
| 4.3 As deficiências antigarantistas do Direito Penal Juvenil brasileiro ----- | 44 |
| 4.3.1 Internação provisória e presunção de inocência ----- | 44 |
| 4.3.2 Remissão e consensualismo penal ----- | 45 |
| 4.3.3 Excepcionalidade e brevidade da medida de internação ----- | 50 |
| 4.3.4 Prescrição e indeterminabilidade temporal relativa das medidas socioeducativas ----- | 51 |
| 4.4 O anteprojeto de Lei de Execuções de medidas socioeducativas ----- | 55 |
| CONCLUSÕES ----- | 58 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ----- | 61 |

INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo de temas relacionados ao Direito da Infância e da Juventude, especialmente no que se refere ao denominado Direito Penal Juvenil, surgiu a partir do programa de estágio realizado entre o 2º semestre de 2002 e o 1º semestre de 2003 junto à Promotoria de Execuções de Medidas Socioeducativas (PREMSE), sob a supervisão dos Promotores de Justiça Anderson Pereira de Andrade e Selma Sauerbronn de Souza.

Desde esta época a preocupação com os direitos fundamentais dos jovens infratores, especialmente daqueles privados de sua liberdade e em cumprimento de medida de internação no CAJE, tem-se convertido em pesquisas acerca de matérias relacionados ao Direito Penal Juvenil, desde questões como a redução da idade penal até aquelas relativas às garantias processuais previstas no procedimento para apuração de atos infracionais.

E foi exatamente esta última temática a escolhida para ser o objeto central desta monografia, elaborada, sob a orientação do professor Anderson Pereira de Andrade, como trabalho final do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público – Turma Noturna – 2005/2006, coordenado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).

Como marco teórico da pesquisa foi eleito o garantismo penal, especialmente sob a ótica como é desenvolvida esta teoria jusfilosófica pelo professor e magistrado italiano Luigi Ferrajoli, adotando-se o Direito Penal Mínimo e o Sistema Acusatório como parâmetros fundamentais para o controle e a verificação da legitimidade constitucional das normas e das práticas relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal.

Em primeiro lugar, procurou-se analisar as origens do Direito da Infância e da Juventude enquanto disciplina jurídica dotada de autonomia científica. De forma complementar, estudou-se o desenvolvimento deste novo ramo do Direito no panorama das transições paradigmáticas entre as doutrinas que o inspiraram ao longo do tempo. Analisou-se, particularmente a superação da Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da

Proteção Integral e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, alterado profundamente no que diz respeito à matéria pela promulgação da Constituição Federal em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Em seguida, buscou-se verificar a existência de um Direito Penal Juvenil enquanto ramo do Direito da Infância e da Juventude ligado às questões atinentes à prática de atos infracionais por adolescentes, sua apuração através de processo judicial específico e à imposição e execução de medidas socioeducativas. A fim de subsidiar esta análise intentou-se demonstrar a natureza jurídica dos dois principais institutos constituintes desta matéria: o ato infracional e a medida socioeducativa.

O passo posterior foi dado no sentido de compreender a dimensão da teoria do garantismo penal, de acordo com a formulação apresentada por Ferrajoli, a fim de verificar a possibilidade de sua utilização como critério para aferição do maior ou menor grau de legitimidade política e jurídicas das normas estatutárias relativas do Direito Penal Juvenil.

Por fim, visou-se delinear o sistema de garantias, particularmente aquelas de natureza processual, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de constatar a sua vinculação a um modelo de Direito Penal Mínimo de matriz garantista, embasado no Sistema Acusatório de administração da justiça criminal. Realizou-se a necessária crítica a algumas deficiências apresentadas por este sistema estatutário de garantias, cujos reflexos puderam ser observados por meio da análise da jurisprudência dos Tribunais superiores. Foram feitos ainda alguns apontamentos a respeito do anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas, por considerar-se relevante o preenchimento da lacuna normativa existente no que tange à regulamentação da matéria.

CAPÍTULO I – O atual perfil do Direito da Infância e da Juventude no Brasil: da Doutrina da Situação Irregular à Proteção Integral

1.1 Primórdios da formação do Direito da Criança e do Adolescente

Aponta Emílio Garcia Mendez¹ como fato precursor da formação de um direito da criança e do adolescente o emblemático episódio da destituição de pátrio poder decretada pelo Estado de Nova York em face dos pais da criança norte-americana Mary Ellen, acusados por maus-tratos a sua filha pela Sociedade para a Proteção dos Animais de Nova York em 1875. Segundo o professor argentino, esse acontecimento pitoresco começou a despertar a atenção dos juristas para a necessidade de criação de uma ramo específico do direito que tratasse das questões afetas à infância e à juventude.

Entretanto, os ordenamentos jurídicos nacionais, a exemplo da Suíça em 1862, da Alemanha em 1872 e da Noruega em 1896, segundo Mario Volpi², demoraram muito ainda para criar os primeiros mecanismos de proteção da grande massa de crianças e adolescentes privados de direitos fundamentais, designados pejorativamente de menores, os quais se contrapunham à categoria dos indivíduos da mesma faixa etária que contavam com ampla assistência familiar e estatal, e que já tinham suas necessidades e interesses devidamente asseguradas e defendidos.

Dentro desta subcategoria de infância, denominada de menoridade, estavam inseridos tanto os indivíduos abandonados como os delinquentes, sendo que as primeiras legislações específicas possuíam um caráter eminentemente penal indiferenciado, nos termos da classificação proposta por Mendez³, sendo o jovem infrator ou abandonado

¹ MENDEZ, Emílio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1996, pp. 37/38.

² VOLPI, Mario. *O Adolescente e o Ato Infracional*. 2ª Edição. São Paulo: Cortez, 1997, p. 44.

³ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., pp. 46/47.

submetido aos mesmos mecanismos de repressão e de controle destinados aos adultos, reduzindo-se ligeiramente apenas o tempo de segregação ou de institucionalização.

Desta forma, neste primeiro momento da formação do direito da criança e do adolescente, os Estados nacionais desempenhavam um papel apenas residual na condução de políticas públicas destinadas à assistência dos menores marginalizados, deslocando o alvo de sua ação para políticas de contenção e de repressão dos jovens infratores ou abandonados, muito mais preocupados em garantir a segurança e a proteção da sociedade, do que conferir à criança e ao jovem condições para seu desenvolvimento integral.⁴

Foi neste cenário que se consolidaram as diversas políticas de segregação dos menores, ainda segundo Mendez⁵, fundamentadas e legitimadas por um cientificismo galgado no positivismo criminológico e nas teorias de defesa social que derivam desta corrente teórica, transformando estes indivíduos em objetos do controle e da repressão estatal por meio de instituições judiciais que contavam com jurisdição diferenciada em relação àquela atribuída aos órgãos jurisdicionais comuns: era o nascimento da Justiça de Menores.

1.2 O desenvolvimento dos Tribunais de Menores e a Doutrina do Direito Penal do Menor

Desta forma, em face da necessidade percebida pelos Estados nacionais em prestar alguma forma de assistência às crianças e aos adolescentes privados de condições básicas para uma formação e um desenvolvimento integral, foi constituído, em 1899, em Illinois, Estados Unidos, o primeiro tribunal especializado no julgamento de demandas referentes a estes indivíduos. Este movimento teve reflexo nos demais países

⁴ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 49.

⁵ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 51.

européus e também na América Latina, desencadeando a criação de Tribunais de Menores na Argentina em 1921, no Brasil em 1923, no México em 1927 e no Chile em 1928.⁶

Configura-se, portanto, neste momento uma verdadeira revolução no campo da produção dos direitos da criança e do adolescente, uma vez que, na trilha de Mendez⁷, para a infância, a família e a sociedade continuaram a cumprir as funções de controle e de socialização, enquanto que para os menores, foi necessária a criação de uma instância de controle sócio-penal: um tribunal com atribuições diferenciadas.

Durante o período de consolidação destas instituições denominadas Tribunais de Menores, que se estende do final do século XIX até meados do século XX, predomina uma atuação discricionária do Estado no que se refere ao tratamento e ao atendimento das crianças abandonadas e delinquentes, que eram o alvo principal deste novo órgão político-jurisdicional.

A escassez de produção de legislações referentes aos direitos da criança neste momento histórico refletia a despreocupação e até mesmo a conivência das autoridades públicas com um modelo de política pública repressiva orientada pela inobservância de princípios essenciais consolidados no âmbito da estrutura do Estado de Direito, como por exemplo, os princípios da legalidade, do devido processo legal e da dignidade humana.

No campo específico do direito criminal teve primazia durante este período a Doutrina Jurídica do Direito Penal do Menor⁸, que orientava a atividade legislativa no sentido de utilizar, indiscriminadamente, as mesmas estruturas coercitivas estatais destinadas à reclusão dos presos adultos, para abrigar também menores delinquentes. Procurou-se, entretanto, estabelecer como diferença fundamental entre a espécie de sanção atribuída a um adulto e a uma criança, o tempo de duração da privação de liberdade.

Portanto, neste instante inicial de desenvolvimento do direito da criança e

⁶ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 52.

⁷ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 55.

do adolescente, no âmbito do direito penal, prevalecia a responsabilização semelhante e conjunta de adultos e crianças, tendo como diferencial sistêmico somente a aplicação de causas de diminuição da pena quando os delitos eram cometidos por menores.

1.3 As origens da Doutrina Jurídica da Situação Irregular

Com a concretização progressiva da meta de criação de um campo específico do direito dedicado à construção de um sistema normativo diferenciado e adaptado às necessidades especiais da criança e do adolescente, evolui-se no sentido da materialização das pretensões relativas à inauguração de uma verdadeira Justiça da Infância e da Juventude, simbolizada inicialmente pelos Tribunais de Menores.

Para tanto, a superação das bases teóricas inaugurais, anteriormente citadas, era imprescindível. Isto fez com fossem formuladas novas diretrizes doutrinárias, que passaram a reger o direito do menor, reunidas sob a égide da Doutrina da Situação Irregular.⁹

Esta tinha por premissa geral a necessidade de concepção efetiva de estruturas institucionais especializadas destinadas ao acolhimento, tratamento e assistência dos menores privados de direitos ou marginalizados.

Neste sentido, os menores enquanto subcategoria ou espécie do gênero criança continuaram a ser os objetos centrais das políticas estatais destinadas ao controle e à proteção contra a marginalização e a delinquência.

Todavia, a postura frente ao descaso quanto à criação de sistemas punitivos autônomos e diferenciados para a aplicação da sanção penal aos adultos e às

⁸ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., pp. 58/60.

⁹ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., pp. 62/64.

crianças modificou-se. Com a implementação em quase todos os países do mundo de tribunais especializados durante a primeira metade do Século XX, ganhou força a idéia da imprescindibilidade de criação de estruturas administrativas também especializadas para o tratamento dos menores delinquentes ou abandonados.

Desta forma, o direito penal de menores sofreu profunda reformulação uma vez que foram criadas instituições próprias para a privação da liberdade de crianças e adolescentes autores de delitos.

Durante esta etapa da evolução do direito da criança e do adolescente surge o debate acerca de uma questão que é essencial para a sua própria formação: quais seriam os marcos etários delineadores das categorias jurídicas da infância e da adolescência?

Em face da necessidade de resolução deste problema decidiu-se estabelecer patamares dentro dos quais a condição específica de desenvolvimento e formação de um indivíduo daria ensejo a uma intervenção estatal também específica e diferenciada, principalmente no que tange ao tratamento jurídico dirigido a estes cidadãos.

Com a pretensão de ampliar a margem de atuação estatal, utilizando-se de medidas de caráter assistencial e repressivo, a tendência percebida foi a da elevação da idade máxima destinada a identificar os menores que poderiam figurar como objeto destes programas. Portanto, notou-se, a partir deste momento, segundo Tânia da Silva Pereira¹⁰ que os Estados nacionais passaram a adotar uma orientação comum no sentido de estabelecer marcos etários elevados a fim de delimitar objetivamente as categorias jurídicas em questão.

Em síntese, criticando a exacerbação da postura discricionária e tutelar adotada pelo Estado desde o período anterior, afirma Raul Zaffaroni¹¹ que essas transformações evidenciam um processo marcado pela minimização formal do controle

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 2000, pp. 102/105.

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Sistemas penais e direitos humanos na América Latina*. Tradução de Miguel Costa Luz. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 129.

para se atingir o máximo de repressão material. Por isto, em termos gerais, defende Zaffaroni, a política de reformas não se esgota na criação de uma jurisdição separada daquela dos adultos. Ela trata de elevar, na medida do possível, a idade máxima da inimputabilidade para aumentar quantitativamente a parcela da população a ser supostamente protegida, sem assegurar-lhe, contudo, as garantias formais do processo penal.

Neste sentido, percebe-se que apesar dos supostos avanços alcançados pela Doutrina da Situação Irregular, essa apresentava problemas internos que a tornavam incompatível com os princípios democráticos consagrados pelos textos constitucionais contemporâneos, haja vista ser da essência desta teoria a criação de um marco jurídico que legitimasse uma intervenção estatal ampla e discricionária sobre esta parte residual da categoria infância, constituída pelo universo dos menores.¹²

Desta forma, a despeito do progresso alcançado pela criação de instituições específicas destinadas ao atendimento e ao tratamento dos menores abandonados ou delinquentes, a margem de arbitrariedade concedida para a ação administrativa e jurisdicional dos juízes de menores levou a um processo de institucionalização da questão da criança e do adolescente privados de seus direitos fundamentais. Neste contexto, de acordo com os estudos realizados por Antônio Carlos Gomes Costa e Emílio Garcia Mendez¹³, a declaração de abandono material ou moral, faculdade discricionária do juiz, constitui um bom exemplo das bases políticas adotadas pela doutrina da situação irregular.

Assim, arraigados em uma postura assistencialista, os Tribunais de Menores, durante essa etapa, por meio de seus juízes, simbolizados como pais de família responsáveis por dirimir conflitos jurídicos, apresentaram-se como instituições aptas a desenvolver os postulados de um positivismo de corte antropológico.¹⁴ Essa corrente

¹² COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68.

¹³ COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 69.

¹⁴ Os principais expoentes desta vertente doutrinária são Lombroso, Garófalo e Ferri, que desenvolveram as diretrizes de uma criminologia positivista fundamentada em análises bio-patológicas, que tinham por escopo a demonstração da existência de um biótipo modelo de delinqüente nato, tentando por meio destas

teórica difundiu a aplicabilidade de uma abordagem patológica dos fenômenos sociais referentes à marginalização das crianças e dos adolescentes, induzindo à crença da imprescindibilidade de institucionalização de todo e qualquer menor, seja ele delinqüente ou carente, em face da necessidade de se evitar os males decorrentes do abandono material e moral.

Portanto, vigorou durante o período de hegemonia desta doutrina, uma forte tendência à abordagem médica dos problemas sociais, associada a uma confiança absoluta na cientificidade dos instrumentos da medicina, da biologia, e, sobretudo, da psicologia criminal, utilizados com base em uma ótica positivista, o que determinou objetivamente a destruição do princípio da legalidade. Isto porque, contando com um amplo espectro de discricionariedade em sua atuação, o juiz de menores tendeu a extrapolar os limites do devido processo legal, tornando toda situação irregular envolvendo criança ou adolescente em um caso para a aplicação de medidas de proteção ou repressão.¹⁵

1.4 A transição paradigmática para a Doutrina da Proteção Integral

Entretanto, em meados do século XX este panorama começou a transforma-se, principalmente após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Vislumbrou-se, durante este período, a formação de um movimento internacional destinado a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais enunciados em grande parte das constituições modernas.

Esse movimento tem por precedentes diretos a formulação teórica do Direito Humanitário, a composição da Liga das Nações e a criação da Organização Internacional do Trabalho, conforme defende Flávia Piovesan¹⁶, afirmando terem sido estes

demonstrações apresentar propostas para o tratamento dos indivíduos portadores de características que revelassem a tendência à prática de delitos.

¹⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 71.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

os marcos iniciais do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, que atingiu o ápice com a enunciação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste sentido, ressaltando-se a relatividade e a historicidade dos direitos fundamentais, em conformidade com a tese apresentada por Norberto Bobbio¹⁷, percebe-se, neste momento, a preocupação de grande parte dos países integrante da ONU quanto à necessidade de enunciar direitos essenciais e específicos dos indivíduos em condição peculiar de formação e desenvolvimento. Presencia-se, neste momento, portanto, o reconhecimento, por meio de uma coalizão internacional, de uma nova categoria de sujeitos de direitos: a categoria jurídica da criança e do adolescente.

Assim, após expressa menção à necessidade de proteção da infância e da juventude pela Declaração de Genebra (1924) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), foi aprovada, em assembléia da ONU realizada em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, indicando princípios basilares que serviriam de norte para a realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente pelos países signatários.

A partir de então, opera-se uma radical transformação nas bases do direito dos menores, assim como consagrado pela Doutrina da Situação Irregular. A subcategoria menor é abolida pelas novas formulações teóricas, sendo a infância unificada sob a denominação comum de criança e adolescente. Portanto, a passagem do menor, como objeto da assistência e da repressão estatal, à infância e à adolescência, como sujeitos de direitos, evidencia o sentido das transformações iniciadas.¹⁸

Nesta mesma direção, percebe-se a inauguração de um projeto que pretende transformar os jovens, antigos alvos de políticas assistencialistas e repressivas, em efetivos sujeitos de direitos, exigíveis não somente perante o Estado, mas também em face da família e da sociedade. Em suma, parafraseando Tânia da Silva Pereira, esta nova

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª Edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 72.

doutrina marca o fim do subjetivismo, por reprimir as antigas práticas arbitrárias, mediante a afirmação do princípio da legalidade. Trata-se, sem dúvida do primado dos direitos e do reconhecimento da criança e do adolescente como titulares de obrigações oponíveis ao Estado, à família e à sociedade.¹⁹

Os princípios diretores, que inspiraram essa nova doutrina jurídica, estão contidos em quatro documentos normativos internacionais, quais sejam: a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad).

No que diz respeito especificamente à Convenção, diz-se conter ela a complementação do texto da Declaração de direitos, complementaridade que se expressa uma vez que enquanto a Declaração apresenta a afirmação de princípios de caráter meramente moral, que não encerram obrigações específicas, a Convenção tem forma coercitiva e exige uma tomada de decisão por parte de cada Estado que a subscreve e ratifica, incluindo mecanismos de controle para verificar o cumprimento de suas disposições.²⁰

Neste contexto, propugna a Convenção por estabelecer inicialmente em seu art. 1º quais são os destinatários da proteção jurídica integral que se pretende oferecer, ao indicar que as disposições normativas contidas no texto do tratado aplicar-se-ão a *“todo ser humano com menos de 18 anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”*. Assim, confirma-se a consagração da autonomia conferida aos Estados membros para a determinação dos limites etários que serão utilizados como balizas para a definição do conceito jurídico de criança, e que, conseqüentemente, servirão para demarcar propriamente a categoria dos indivíduos

¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil*, In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 277.

submetidos a essa proteção normativa específica.

Entretanto, em relação ao tratamento penal a ser dispensado à infância e à adolescência, referendou-se o princípio da duplicidade sistêmica, já aplicado durante a vigência da Doutrina da Situação Irregular, cujo teor afirma a necessidade de criação de instâncias diferenciadas para a reabilitação dos jovens e dos adultos. Essa premissa encontra-se fundamentada em face da redação do art. 37, alínea “c” da Convenção, ao determinar que *“toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos”*.

Por último, destaca-se que, nesse cenário de valorização da Doutrina da Proteção Integral em âmbito internacional, busca-se sempre estimular os Estados signatários a implementarem as regras fundamentais presentes nos acordos multilaterais por eles pactuados, principalmente, no que tange à indispensabilidade de reconhecimento da criança e do adolescente como seres humanos em estágio específico de crescimento e desenvolvimento físico, psicológico e moral, necessitando, portanto, de tratamento diferenciado por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, que, por isso, devem procurar assegurar-lhes uma normativa própria e particularizada.

1.5 A Doutrina da Proteção Integral no Brasil

A promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, trouxe inovação radical no que tange à sistematização e à regulamentação dos direitos individuais e coletivos.

No campo dos direitos da criança e do adolescente essas transformações puderam ser percebidas de forma ainda mais evidente, principalmente, através da adoção pelo constituinte originário da Doutrina da Proteção Integral, anteriormente consagrada em âmbito internacional.

Sumariamente, ressalta-se, à título de fixação, que a referida doutrina tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, frente à família, à sociedade e ao Estado, rompendo com a idéia de que sejam simples objetos de

intervenção no mundo do adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.²¹

Nesse sentido, são superados os estreitos limites da doutrina do menor em situação irregular, que inspirou os dois Códigos de Menores brasileiros, de 1927 e de 1979, passando o ordenamento jurídico pátrio a considerar a criança e o adolescente como cidadãos, ainda que não plenamente capacitados ao exercício direto de todas as faculdades que lhes são atribuídas, mas titulares, independentemente das condições em que se encontrem, de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa humana genericamente, além de direitos específicos, conferidos em razão da constatação da condição especial em que se encontram esses indivíduos.

Em verdade, a situação jurídica de crianças e de adolescentes realmente sofreu profundas mutações com a transição para esse novo regime, especialmente, após a edição da Lei nº 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em muito superou o Estatuto da Criança e do Adolescente a normativa infraconstitucional anterior que tratava da matéria. Isto porque, os códigos revogados não passavam de verdadeiros Códigos Penais do Menor, disfarçados em sistema tutelar. As medidas por eles previstas eram efetivamente penais, disfarçadas sob a nomenclatura medidas de proteção. Eles não relacionavam nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa. Não traziam nenhuma medida de apoio à família, tratando apenas da situação irregular da criança e do jovem, que, na verdade, eram seres privados de seus direitos.²²

O referido refinamento do ordenamento jurídico brasileiro pela entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente deveu-se não apenas ao melhoramento qualitativo atribuído aos direitos da infância e da juventude. Também quanto ao aspecto quantitativo podem ser destacadas modificações, haja vista que a abrangência da nova lei é bem maior que a do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), uma vez que o regime anterior

²¹ CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

²² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

circunscrevia-se apenas aos menores em situação irregular e o atual se estende a toda criança e a todo adolescente em qualquer situação jurídica.²³

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Brasil acompanhou efetivamente a transição paradigmática realizada em âmbito internacional, principalmente, no que tange ao sistema de administração da justiça da infância e da juventude. Foram destruídos, no país, os mitos do sistema tutelar e revelados os eufemismos contidos em expressões como medidas protetivas ou inimizabilidade penal dos menores. Diante da clareza dos novos textos normativos, não é mais possível conviver com legislações e sistemas que não reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais, como, por exemplo, o de não serem privados de liberdade, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, nos casos estritamente previstos em lei.

Para ilustrar a importância desta transição, basta mencionar as diretrizes que regiam o antigo modelo de justiça de menores, destacando, por exemplo, que durante a vigência do Código de Menores, foram criadas Delegacias de Polícia de Proteção ao Menor, nas quais meninos e meninas pobres eram encarcerados para fins de “diagnóstico” e “tratamento”. Nesse caso, a situação irregular abrangia desde o abandono e a vitimização do menor, até os atos anti-sociais por ele praticado. A tutela e as ações realizadas em nome do superior interesse do menor²⁴ não permitiam falar em delinquência juvenil.

Durante esse período, não se admitia que o menor fosse estigmatizado pela sentença penal. Afastava-se o juízo criminal pelos aspectos retributivo e punitivo nele contido, mas, ao mesmo tempo, encaminhavam-se crianças e adolescentes a celas iguais às das piores carceragens, sob a alegação da necessidade de proteção dos menores, sem que fosse garantido um dos mais elementares direitos da pessoa humana: o devido processo legal.

²³ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09.

²⁴ O superior interesse do menor era um dos principais postulados da Doutrina da Situação Irregular, que afirmava a possibilidade de intervenção estatal, em moldes discricionários, para que fosse assegurada a defesa da sociedade contra os menores em situação de risco e para que se garantisse a própria integridade deles contra si mesmos.

Conforme assevera Antônio Fernando do Amaral e Silva, garantias como tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência e proporcionalidade eram ignoradas, tudo em nome do superior interesse do menor²⁵.

Afastava-se o estigma da sentença e da justiça criminal, mas sem o devido processo, menores pobres em situação de risco eram abandonados em depósitos humanos, que mais se assemelhavam a masmorras. Eram os chamados Centros de Recepção, Triagem e Observação, Centros de Recuperação e outras denominações supostamente capazes de afastar todo e qualquer estigma.

A taxionomia acobertava a iniquidade da prisão por pobreza, estabelecida por tempo indeterminado e sem observância de qualquer critério subjetivo ou objetivo, representando verdadeiras medidas de segurança, como as aplicadas aos loucos. Em suma, eram tratados indiscriminadamente infratores, abandonados e vítimas.

No dizer de Costa e Mendez, a reeducação ao invés do castigo e as medidas de proteção ao invés das penas constituíram os eufemismos que legitimaram, na prática, privações de liberdade sem processo, sem garantias e, sobretudo, sem um tempo definido de duração.²⁶

As sentenças, quando preenchiam algum pressuposto de fundamentação, eram vagas e indeterminadas. As respostas à delinquência juvenil não se atinham a parâmetros de legalidade ou de proporcionalidade. Casos atípicos, pelos quais adultos jamais seriam privados de liberdade, resultavam em internações, ou seja, reclusões, em muitos casos, mais severas e desumanas que as impostas aos imputáveis.

Como não havia processo de execução com prazos limitados, relata Amaral e Silva que muitos menores permaneciam esquecidos, institucionalizados, mutilados psicologicamente até serem “desinternados”, ou seja, verdadeiramente jogados para fora por terem atingido a idade da responsabilidade penal.²⁷

Portanto, pode-se perceber que os mitos da proteção, da reeducação e da ressocialização então vigentes, apenas serviam para encobrir uma passagem quase que obrigatória ao regime verdadeiramente penitenciário, uma vez que o menor

²⁵ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. *O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Renovar, 2001, p. 37.

²⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da; MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 47.

²⁷ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, op. cit., p. 56.

institucionalizado, salvo raríssimas exceções, saía do sistema tutelar condicionado e preparado para a violência e para a criminalidade, retornando inevitavelmente ao cárcere após atingir a imputabilidade.

Vale ressaltar ainda que, neste antigo modelo, a regra de ouro era a do superior interesse do menor, pugnando todas as medidas pela integração sócio-familiar, de modo que os filhos das classes mais abastadas, envolvidos em atos infracionais, tinham aberta larga porta para a impunidade, haja vista poderem ser imediatamente reinseridos no ambiente familiar. Esta observação permite desvendar o cerne da Doutrina da Situação Irregular, que era a criação de um sistema jurídico repressivo e sancionador destinado, única e exclusivamente, a prover uma suposta “proteção” à subcategoria decorrente do arquétipo infância: a categoria dos menores.

Por outro lado, a Doutrina da Proteção Integral, defendida pelas Nações Unidas, evidencia a necessidade de uma educação dos jovens para a compreensão do sentido amplo da cidadania. Assim, exige-se do adolescente consciência quanto a sua responsabilidade social, tendo o direito a ser julgado por autoridade imparcial e independente, garantidas todas as prerrogativas do devido processo legal, sempre que acusado pela prática de uma conduta penalmente reprovável.

Isto representou na análise de Amaral e Silva a superação de vieses, como o da situação irregular do menor, mitos, como o da tutela do superior interesse da criança, eufemismos, como os das medidas protetivas, e falácias, como as da reeducação e ressocialização do jovem infrator, por meio da criação de normas legais, como as do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, adaptadas substancialmente aos documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas.²⁸

Foi neste contexto de superação de referenciais teóricos que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este diploma normativo, adaptado aos postulados do Estado Democrático de Direito, adotado como fundamento central da Constituição de 1988, permitiu que fosse iniciado, nas palavras de Mendez, um processo de desmonte da cultura da incapacidade, com a substituição do sistema da discricionariedade pelo sistema das garantias.²⁹

²⁸ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, op. cit., p. 68.

²⁹ MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit., p. 202.

CAPÍTULO II – O Direito Penal Juvenil: natureza jurídica do ato infracional e da medida socioeducativa

2.1 A inimputabilidade penal e o sistema de responsabilização juvenil

Seguindo a trilha demarcada pela Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, reproduzindo o texto constitucional e alguns dispositivos do Código Penal vigente, estabeleceu a idade para a responsabilização infracional dos adolescentes acusados pela prática de atos ilícitos entre os 12 e os 18 anos de idade.

De fato, determina a Constituição Federal em seu art. 228 que a imputabilidade penal inicia-se aos 18 anos, estando sujeitos à legislação especial os jovens infratores que cometam delitos antes de completarem esta idade, no caso, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Por outro lado, a criança, considerada por este diploma legislativo como o indivíduo que ainda não completou 12 anos de idade, fica isenta de responsabilização, devendo ser encaminhada ao Conselho Tutelar caso pratique algum ato infracional, estando sujeita a medidas denominadas protetivas, que abrangem as intervenções de ordem administrativa no seio familiar.

Nota-se, portanto, que o critério utilizado pelo legislador originário para o estabelecimento do marco inicial da imputabilidade penal é o biológico puro, considerado como fator de afastamento da incidência do sistema criminal comum *jure et de jure*, sem qualquer consideração de caráter subjetivo quanto à consciência que possuía o sujeito da ação, à época do crime, da ilicitude de sua conduta, como ocorre, por exemplo, nos países em que adotam o sistema psicológico de aferição da culpabilidade.

Do art. 26 do Código Penal Brasileiro extrai-se, por meio de uma interpretação *a contrario sensu*, a conceituação do que seja a imputabilidade penal, sendo considerada pelo ordenamento jurídico pátrio como a condição ou capacidade pessoal que o sujeito mentalmente desenvolvido possui de entender o caráter ilícito de seu comportamento e de determinar-se de acordo com essa compreensão.

Desta forma, percebe-se que ao erigir a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, conforme disposto no art. 27 do Código Penal, como regra absoluta para a verificação da culpabilidade do agente de um fato criminoso, o legislador pretendeu abstrair de qualquer consideração de ordem prática a averiguação do fato de ter ou não o jovem menor de 18 anos consciência da ilicitude de sua conduta ou capacidade de portar-se de acordo com esse entendimento.

A consequência direta da inimputabilidade penal, portanto, é a subtração do agente ao sistema penal punitivo destinado aos adultos. Esta subtração, no entendimento de Márcia Milhomens Sirotheau Corrêa³⁰, ao contrário do divulgado amplamente pelos meios de comunicação, não deve ser confundida com ausência de qualquer forma de responsabilização. Na verdade, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece mecanismos apropriados à condição psicossocial do adolescente e capazes de propiciar, dentro de um grau satisfatório de eficácia, sobretudo quando comparados aos resultados alcançados pelo sistema penitenciário brasileiro, a reintegração do jovem infrator à sociedade.

Quer-se dizer com isto, que a inimputabilidade, conforme estabelecida em nosso sistema normativo, não deve representar de maneira alguma impunidade diante da prática de atos que atinjam valores juridicamente protegidos. Por esta razão o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece parâmetros dentro dos quais o adolescente inimputável deverá ser responsabilizado por sua conduta infracional, sendo submetido a medidas que vão desde uma simples advertência até a internação, representando esta última uma verdadeira restrição à liberdade do jovem infrator.

Obviamente, deve-se, contudo, notar a necessidade de que estas medidas, atribuídas em decorrência da prática destes atos ilícitos, observem certos princípios, relacionados diretamente às diretrizes propostas pela Doutrina da Proteção Integral, que, como já foi exaustivamente afirmado, está na base da formulação das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes aos direitos essenciais da infância e da juventude.

³⁰ CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter fundamental da inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 156/157.

2.2 A natureza jurídica do ato infracional

Foi seguindo esta orientação que o legislador infraconstitucional, ao elaborar a Lei nº 8.069/90, conceituou, em seu art. 103, a categoria jurídica de ato infracional como qualquer conduta descrita como crime ou contravenção penal. Consagrou-se assim, no âmbito da justiça da infância e da juventude quanto às questões infracionais, o princípio da legalidade estrita, aplicado ao direito penal comum.

A obrigatoriedade de observância do princípio da legalidade, conduz à imprescindibilidade de análise da tipicidade da conduta para que se possa aplicar medidas de caráter socioeducativo, representando enorme avanço no campo da responsabilização dos adolescentes infratores e estando em perfeita consonância com o enunciado do art. 54 dos Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad, que estabelece que: *“Com o objetivo de impedir que se prossiga com a estigmatização, humilhação e incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual se garanta que todo ato que não se considere um delito, nem seja castigado quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de castigo quando cometido por um jovem”*.

Assim, pode-se afirmar que ao equiparar-se o ato infracional a um comportamento tipificado pela lei penal comum como crime ou contravenção penal, o que se pretendeu, utilizando-se ferramentas conceituais da Teoria Geral do Direito³¹, foi que a sua prática representasse uma hipótese de incidência da norma estatutária por violação de preceito, o qual deveria estar previsto taxativamente na própria legislação criminal ordinária, que tipifica o seu descumprimento como um delito ou uma contravenção penal.

Conclui-se, portanto, a par de todas as divergências que surgem quanto à categorização do ato infracional, que este, segundo conceitos teóricos extraídos da Teoria Geral, representa uma hipótese de incidência da norma, mais precisamente o art. 103 da Lei nº 8.069/90, por descumprimento de preceito, à qual se relaciona uma sanção específica: a aplicação de medidas socioeducativas.

Ademais, pode-se afirmar, com amparo no trabalho de Ana Paula Motta Costa³², que ao vincular o conceito de ato infracional aos dispositivos legais que tipificam crimes e contravenções penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou o princípio da legalidade como garantia central do modelo de responsabilização dos jovens infratores, rompendo definitivamente com a concepção tutelar, consagrada pela Doutrina da Situação Irregular, a qual apregoava a responsabilização por atos anti-sociais, fundamentada em juízo discricionário de periculosidade.

Desta forma, apesar de contarem as crianças e os adolescentes com um tratamento jurídico diferenciado, não se pode negar que, em sede de atos contrários ao direito, os jovens que praticam ações definidas como infracionais estão na verdade cometendo ilícitos penais, ainda que sancionados por medidas que se orientam por princípios um pouco diferentes daqueles observados na aplicação das penas previstas para os adultos.

Neste ponto, observa-se a possibilidade da aplicação de categorias e de classificações propostas pela Teoria Geral do Direito, uma vez que, sendo verdadeira a correlação estabelecida entre as condutas ilícitas praticadas por adolescentes e os ilícitos penais, dever-se-ia enquadrar, por questão de coerência metodológica, os atos infracionais dentro do conjunto dos atos ilícitos em geral, conceituados por Marcos Bernardes de Mello³³ como toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, que implique na infração de um dever absoluto ou relativo, violando direito ou causando prejuízo a outrem. Desta maneira, o ato ilícito, considerado por Vicente Rao³⁴ como ato contrário ao direito, por este reprovado e reprimido através de sanções, representa categoria da ciência jurídica aplicável a todos os campos do direito.

Por outro lado, informa Eduardo Magalhães Noronha³⁵ que, atualmente, várias teorias têm buscado traçar uma linha divisória entre o ilícito penal e o civil, porém, nenhuma delas prosperou, por não resistirem às críticas que lhes são opostas. Isto ocorre em

³¹ Não se faz referência aqui a toda Teoria Geral do Direito, mas, especificamente, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, no que tange a construção da Teoria do Ordenamento Jurídico e da Teoria da Norma Jurídica.

³² COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 202.

³⁴ RAO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

³⁵ NORONHA, Eduardo Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 107.

razão de que, na realidade, não há distinção ontológica entre o delito penal e o delito civil, uma vez que o conceito de ilicitude é um só, significando contrariedade ao direito posto.

Conclui-se, portanto, que na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre estes fatos, baseando-se apenas em argumentos de ordem política, variáveis no tempo e no espaço. Ou seja, em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre na aplicação de uma pena *stricto sensu*, segundo o pensamento de Nelson Hungria.³⁶

Todavia, a penalização absoluta das condutas ilícitas representaria a falência de todo o sistema de sanções. É por isto que o Estado só recorre à pena quando a conservação da ordem jurídica não seja possível por outros meios de reação, como, por exemplo, mediante a utilização dos recursos criados pelo direito civil. Deve-se observar, portanto, que a pena representa um mal não somente para o réu ou para a sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico e de legitimação, para o próprio Estado. Assim, orientando-se por um imperativo de ordem prática, é compreensível que este se abstenha de aplicar a pena aos casos em que esta omissão não representa um prejuízo maior para a ordem jurídica.

Em suma, pode-se sintetizar estas idéias, acompanhando o raciocínio desenvolvido por Hungria, afirmando-se que, no que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são formas de rebeldia contra o sistema jurídico, consistindo ambos em um fato exterior ao homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença, portanto, meramente de grau ou de quantidade. A este critério relativo, e somente a ele, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual. Sob o ponto de vista histórico, em face do direito positivo, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a menor ou maior intensidade da violação desta, nada mais. Somente

³⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.

quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração desta ordem, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal.³⁷

Desta forma, nota-se que a teoria dos fatos jurídicos em muito já avançou em relação a esta questão, criando subcategorias de atos ilícitos para poder solucionar o problema da distinção entre os ilícitos civis e os penais, classificando-os como atos ilícitos relativos ou absolutos, respectivamente.³⁸

Portanto, considerando novamente a definição meramente normativa atribuída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente através de seu art. 103 aos atos infracionais, pode-se concluir que a natureza jurídica deles é a de atos ilícitos, mais precisamente atos ilícitos absolutos, por guardarem relação direta com os delitos penais, assim como definidos pela legislação criminal ordinária. Significa dizer, apoiado em Wilson Donizeti Liberati³⁹, que, na verdade, não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambos são condutas contrárias ao direito, situando-se na categoria dos atos ilícitos.

Desta forma, não se encontrando qualquer distinção quanto à natureza jurídica do ato infracional e dos demais comportamentos considerados contrários ao direito, enquadrando-se todas estas formulações na categoria geral dos atos ilícitos, impõe-se como necessária a verificação de qual elemento conceitual é utilizado pelo legislador como diferencial para justificar a incidência de tratamentos jurídicos diversificados para as hipóteses de ocorrência de uma ou de outra modalidade de conduta delitiva.

Em resposta a este questionamento, pode-se afirmar que o elemento conceitual ora cogitado, responsável pela criação de um subsistema normativo específico, destinado ao tratamento das questões que envolvem os jovens infratores, é o da inimputabilidade penal. Somente por meio dele é possível compreender a opção tomada no sentido de se estabelecerem regras e princípios especiais para o tratamento de toda a matéria jurídica que envolve os direitos e os deveres destes indivíduos em fase de desenvolvimento, nos termos da Constituição Federal.

³⁷ HUNGRIA, Nelson, op. cit., pp. 33/34.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 105/123.

²³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social – IBPS, 1991, p. 47.

2.3 A natureza jurídica da medida socioeducativa

Neste contexto, é possível compreender o sentido do art. 228 da Carta Política do país ao fixar a diretriz segundo a qual os menores de dezoito anos não são penalmente imputáveis, remetendo à legislação especial a disciplina dos atos ilícitos cometidos por estes indivíduos. Significa dizer que, embora não seja possível atribuir aos adolescentes as consequências direitas relacionadas à prática de delitos, precipuamente, a imposição de sanções penais, não está o jovem imune à interferência estatal destinada a sua reeducação e reinserção social. Somente significa que esta ocorre de maneira diferente, não através da pena, mas mediante o cumprimento pelo infrator de medidas de cunho socioeducativo previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se, portanto, que a infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime ou delito e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de 18 anos. A estes, quando incidirem em determinado preceito criminal ou contravencional, tem cabimento a respectiva sanção. Abaixo daquela idade, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional. Significa dizer que o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, em razão da idade do agente, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, ato infracional.

Em conclusão, afirmam Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula⁴⁰, que o desajuste existe, mas, na acepção técnico-jurídica, a conduta do seu agente não configura uma ou outra daquelas modalidades de infração, por se tratar simplesmente de uma realidade diversa. Não se cuida de uma ficção, mas de uma entidade jurídica a encerrar a idéia de que também o tratamento a ser deferido ao seu agente é próprio e específico.

⁴⁰ CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de, op. cit., p. 325.

Em verdade, efetivamente são diferentes as consequências jurídicas atribuídas ao descumprimento de um preceito normativo por parte de um agente menor de 18 anos, uma vez que os princípios que norteiam a aplicação e a execução das medidas socioeducativas não são os mesmos que orientam a imposição das penas aos adultos.

Prova disto é o fato do Estatuto da Criança e do Adolescente especificar os princípios que devem orientar a aplicação e a execução das medidas socioeducativas, em especial a medida de internação. Esta, por exemplo, deve nortear-se, segundo o art. 121 da norma estatutária, pelas diretrizes da excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar do jovem infrator como pessoa em desenvolvimento, revelando o anseio de que a medida tenha uma finalidade pedagógica, em busca da plena ressocialização.

Representam, portanto, as medidas socioeducativas e os princípios que inspiram sua atuação o cerne do tratamento tutelar empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para que atinja a efetiva integração social, sendo para isso necessário o emprego de métodos pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, visando à inserção do jovem em sua própria família e na comunidade a qual pertence.⁴¹

Contudo, observando-se o rol das medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constata-se que muitas delas, como observa Paulo Lúcio Nogueira,⁴² apresentam similaridade com penas previstas pelo Código Penal, podendo-se afirmar, portanto, possuírem, na expressão utilizada por Amaral e Silva, um caráter penal especial⁴³, representando uma forma de retribuição ou punição imposta aos adolescentes pela prática de atos qualificados como infracionais.

Em linhas gerais, verifica-se que a medida socioeducativa também apresenta uma faceta punitiva, apesar de ser ressaltada em sua aplicação e execução a necessidade de ressocializar o jovem infrator. Mas, como argumenta Antônio Chaves⁴⁴, mesmo as penas cominadas por crimes, conforme previsto pela Lei de Execuções Penais, têm um lado educativo, punindo-se com vista à reeducação.

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti, op. cit., p. 55.

⁴² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 154.

⁴³ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, op. cit., p. 72.

⁴⁴ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1997, p. 505.

Desta forma, apesar do enfoque principal das referidas medidas recair sobre o aspecto da reintegração familiar e da ressocialização do agente mediante a utilização de mecanismos pedagógicos e psicossociais, não se pode negar a presença em sua estrutura do elemento punitivo, destinado a desempenhar, assim como ocorre no caso das sanções penais, a função de repressão das condutas ilícitas e de prevenção contra o incremento da criminalidade.⁴⁵

De fato, considerando a afliktividade como elemento estrutural do conceito de pena, conforme tese de Basileu Garcia, citado por João Batista Costa Saraiva⁴⁶, há que se reconhecer nas medidas socioeducativas um verdadeiro caráter penal, ainda que especial ou diferenciando. Isto porque, nos dizeres de Costa Saraiva, não há como negar-se a aflição vivenciada por um jovem de 14, 15 ou 16 anos que se encontra em cumprimento de medida de internação, privado de sua liberdade coercitivamente, ainda que lhe seja garantido acesso a programas educacionais, culturais e esportivos.⁴⁷

Todavia, Amaral e Silva⁴⁸ considera útil à consolidação das garantias institucionais destinadas a assegurar a incolumidade dos direitos da criança e do adolescente, o reconhecimento do caráter punitivo das medidas socioeducativas, alegando que uma vez proclamada esta característica como inerente a sua estrutura, deverá ser observado o princípio da legalidade estrita, aplicado em matéria criminal, também para a tipificação dos atos infracionais, além de ser estabelecida a imprescindibilidade de cumprimento de todas os parâmetros previstos constitucionalmente quando da restrição da liberdade do infrator.

Portanto, os princípios garantistas do direito penal comum, em consonância com aqueles do direito da criança e do adolescente, deverão ser invocados constantemente, comparando o intérprete as respectivas categorias jurídicas (ato infracional e crime), para que por idêntico fato, não seja o jovem punido com maior rigor do que seria o adulto, nos termos do citado art. 54 das Diretrizes de Riad.

⁴⁵ Atente-se para o fato de que a criminologia contemporânea aponta para a falência da teoria da pena fundamentada sob os conceitos da retribuição e da prevenção, esta última tanto em seu caráter geral quanto específico, indicando, principalmente, a corrente do direito penal mínimo, a necessidade de reformulação do sistema criminal a partir de duas novas definições: reintegração e restauração.

⁴⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

⁴⁷ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 89.

⁴⁸ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, op. cit., p. 103.

Deste modo, conclusão diversa não poderia ser formulada, uma vez definida a natureza jurídica da conduta infracional como pertencente à categoria dos atos ilícitos, senão que a medida socioeducativa, apesar de contrapor-se à pena, uma vez observados os princípios e as finalidades que orientam uma e outra, representa uma forma de sanção ao adolescente infrator, entendida está, na conceituação de Hans Kelsen⁴⁹, como um mecanismo estabelecido pela ordem jurídica com a finalidade de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável, mediante a dissuasão do comportamento contrário.

Logo, pode-se afirmar, em resumo, a aplicabilidade das categorias genéricas criadas pela Teoria Geral do Direito para identificar a natureza jurídica de dois conceitos pertencentes ao ramo específico do direito da criança e do adolescente: o ato infracional associado à figura da ilicitude, tendo por consequência a imposição de uma medida socioeducativa, desempenhando essa, claramente, o papel de uma sanção, observada a própria estrutura da norma jurídica, que prescreve para a hipótese de incidência da regra por descumprimento de preceito a imediata aplicação da punição prevista.

Ou seja, na síntese precisa de Kelsen, o tipo de sanção que o sistema jurídico imputa à conduta contrária ao direito depende, evidentemente, da natureza do ato (ilícito penal, civil, tributário, infracional, etc) e da importância e gravidade da violação. Contudo, a adoção, em si, da sanção como repúdio à ilicitude, qualquer que seja a sua qualificação, resulta da atividade axiológica do legislador que, valorando os atos segundo critérios contingentes, criados a partir do substrato cultural de cada comunidade em particular, os tipifica em razão do grau e da intensidade das lesões que provocam nos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, determinando diversificadas formas de reação, levando-se em conta as características dos agentes que os praticaram.⁵⁰

2.4 O Direito Penal Juvenil e o garantismo jurídico

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 53.

⁵⁰ KELSEN, Hans, op. cit., p. 63.

Neste contexto, a afirmação da existência de um Direito Penal Juvenil como ramo autônomo da ciência jurídica, vinculado ao Direito da Infância e da Juventude, destinado ao estudo do ato infracional enquanto ato ilícito, e da medida socioeducativa enquanto resposta estatal punitiva, apresenta evidentes vantagens do ponto de vista do garantismo jurídico, haja vista que o tratamento a ser dispensado ao jovem infrator deverá pautar-se pelo respeito incondicional ao princípio da legalidade estrita e seus postulados, consolidados no seio da tradição filosófica liberal.⁵¹

Mais do que isto, o reconhecimento de um Direito Penal Juvenil nestes termos é fundamental para a superação da dupla crise pela qual passa o Direito da Infância e da Juventude, apontada por Mendez: a crise interpretativa e a crise quanto a sua implementação. A primeira resultante da divergência em relação à natureza do sistema punitivo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, se de responsabilização penal ou de protecionismo tutelar, conduzindo, pela prevalência da última alternativa, à falácia da impunidade do jovem infrator. A segunda decorrente da tendência dos profissionais do Direito em continuar aplicando as normas estatutárias a partir da ótica do referencial teórico da Doutrina da Situação Irregular, contribuindo, assim, para a ineficácia das garantias estabelecidas pela Lei nº 8.069/90.⁵²

Portanto, um Direito Penal Juvenil fundamentado no princípio da legalidade estrita e no respeito à dignidade do jovem infrator como pessoa humana em fase de desenvolvimento, certamente contribuirá para a consolidação do sistema de garantias idealizado pela Constituição Federal e materializado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange à aplicação e à execução das medidas socioeducativas, uma vez reconhecida a importante função desempenhada por estes princípios para a limitação da intervenção estatal punitiva, no contexto de um Direito Penal Mínimo.

Logo, resta justificada a escolha metodológica do estudo do Direito Penal Juvenil a partir do ponto de vista do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli⁵³, uma vez que, nas palavras deste autor, esta teoria representa uma alternativa viável, situada entre os extremos dos movimentos de Lei e Ordem e do Abolicionismo Penal, para a consolidação

⁵¹ COSTA, Ana Paula Motta, op. cit., p. 70.

⁵² MENDEZ, Emílio Garcia, op. cit. p. 31.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Infância, lei e democracia na América Latina*. In: Juizado da Infância e da Juventude, v. 3, nº 6/7, jul./nov., 2005, pp. 11/12.

de um sistema de garantias que não impeça a responsabilização do jovem infrator, mas lhe assegure condições de defender-se amplamente das acusações que lhe são imputadas por um órgão acusador no âmbito de uma relação jurídico-processual, cujo deslinde estará a cargo de um julgador imparcial. Portanto, a opção pelo garantismo penal é a afirmação da cidadania destes adolescentes envolvidos em atos infracionais, titulares tanto de deveres quanto de direitos no contexto de um Estado democrático de direito.

CAPÍTULO III – O processo como instrumento de garantias: o garantismo penal de Luigi Ferrajoli

3.1 Os pressupostos epistemológicos da teoria de Ferrajoli

A preocupação do direito com a criação de mecanismos de controle do poder não é um fenômeno moderno. Todavia, constitui-se como um dos pilares dos sistemas jurídicos contemporâneos, constituídos a partir das idéias iluministas que marcaram o século XVII, representando um traço essencial do modelo de Estado de direito.

Visando desvendar os limites e as potencialidades deste sistema de controle do poder pelo direito, Luigi Ferrajoli lança-se em uma empreitada, caracterizada por Norberto Bobbio⁵⁴, ao prefaciá-la obra do referido autor, como a busca pela elaboração de um sistema geral do garantismo, ou seja, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente as variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente nocivo no direito penal.

De fato, a idéia que inspira Ferrajoli a concatenar as diretrizes centrais de um sistema penal garantista é aquela segundo a qual, em face do confronto entre a liberdade dos cidadãos e o poder estatal, deve sempre prevalecer a solução que limite toda forma de poder em favor da ampliação das liberdades.

O próprio autor italiano reconhece tratar-se de sistema teórico ideal, que goza, contudo, de relevância na medida em que serve de parâmetro para a aferição da maior ou menor legitimidade política e jurídica dos sistemas penais existentes, tendo em vista o critério segundo o qual quanto mais garantias sejam asseguradas por estes ordenamentos concretos nos juízos criminais, maior será o grau de racionalidade e de certeza quando da aplicação de sanções penais.

A fim de realizar o intento a que se propõe, Ferrajoli assume determinados pressupostos epistemológicos, filiando-se, no plano jurídico, ao positivismo de tradição kelseniana, não se omitindo, todavia, em realizar uma análise da efetividade das

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

normas jurídicas. No plano filosófico, Ferrajoli assume o método analítico como instrumento para a construção do arcabouço teórico do garantismo penal, conferindo destaque para questões relacionadas à lingüística. Do ponto de vista político, o teórico do garantismo não pode deixar de ser inserido na grande tradição do pensamento liberal e iluminista, na trilha de Beccaria a Carrara, observando, entretanto, os limites da persecução da verdade no processo penal.

É exatamente a junção destes pressupostos epistemológicos que anima a construção teórica do garantismo penal, na síntese de Norberto Bobbio, para quem tudo se enquadra: positivismo jurídico, que não deve ser confundido com legalismo ético, tendo em vista a separação entre direito e moral, método analítico e liberalismo político, entendido como doutrina dos limites e dos vínculos do poder do Estado, formando um conjunto coerente e contribuindo, ao convergirem, para a composição deste sistema penal do garantismo.⁵⁵

3.2 A razão no direito penal no confronto entre cognitivismo e decisionismo

Inspirado por estes postulados epistemológicos, Ferrajoli inicia sua obra dissertando a respeito da idéia de razão, um dos fundamentos do Iluminismo, como elemento essencial para a construção de um Direito Penal Mínimo, nos termos em que propõe a sua teoria do garantismo jurídico.⁵⁶

Assim, define este autor como princípio central para a formulação de um direito penal fundado na razão, o princípio da legalidade, o qual Ferrajoli separa em dois subprincípios: o da mera legalidade e do da legalidade estrita. O primeiro seria dirigido ao juiz, prescrevendo, no âmbito de sua atividade interpretativa de fatos e normas, a aplicação das leis tais como formuladas pelo legislador. O segundo seria dirigido ao legislador, prescrevendo, no âmbito de sua atividade de inovação normativa, a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais em matéria criminal.⁵⁷

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 11.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 29.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 31.

Pretende Ferrajoli com esta subdivisão do princípio da legalidade, indicar que a barreira instituída contra o abuso do poder punitivo abrange tanto o momento de elaboração das normas relativas aos tipos penais e às garantias processuais dos acusados, marcando a defesa de um convencionalismo empírico em sede de atividade legislativa, quanto o momento da aplicação destas normas no seio de um processo, marcando a defesa de um cognitivismo como fundamento da atividade jurisdicional.⁵⁸

Por outro lado, contrapostos a este modelo garantista, afirma Ferrajoli existirem outros sistemas autoritários ou inquisitivos, que defendem a vigência do substancialismo penal no âmbito da atividade legislativa em conjunto com o decisionismo processual no que tange à atuação jurisdicional. O primeiro aspecto deste sistema antigarantista é sua concepção não formalista ou convencional do desvio penalmente relevante. Segundo esta concepção, o objeto do conhecimento e do tratamento penal não é apenas o delito enquanto fato típico, ilícito e culpável taxativamente previsto pela lei, mas o desvio criminal enquanto ato imoral ou anti-social e, ademais, a personalidade do delinqüente, operando nítida confusão entre direito e moral, típica dos modelos de direito penal do autor. O segundo aspecto, por seu turno, guarda relação com o abandono da busca da verdade possível de ser alcançada através do processo, pela adoção do decisionismo processual, que implica na substituição do caráter cognitivo pelo caráter postestativo da jurisdição, que passa, assim, a buscar analisar a interioridade da pessoa julgada ao invés dos fatos por ela cometidos, sendo os juízos criminais de condenação fundamentados na íntima convicção do julgador em contraposição à manifestação dos motivos que orientaram objetivamente a sua decisão.⁵⁹

Desta forma, defende Ferrajoli somente ser possível a instituição de um sistema penal baseado na razão mediante a redução dos espaços de arbitrariedade abertos pelos sistemas inquisitivos tanto ao legislador quanto ao julgador. Neste sentido, a afirmação da verdade processual como mera correspondência ou verdade apenas aproximativa, utilizando-se do conceito de verdade criado por Alfred Tarski⁶⁰ e da tese da refutabilidade das teorias científicas de Karl Popper⁶¹, permite compreender que a indução

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 32/33.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 35/37.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 41.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 42.

fática conduz apenas a uma verdade provável da conclusão extraída pelo juiz a partir da confrontação das provas, e que a dedução jurídica possibilita ao intérprete alcançar apenas uma verdade opinativa acerca das premissas legais por este abordadas.

A estes dois fatores que revelam a natureza relativa da verdade processual, associa Ferrajoli um terceiro: o caráter não impessoal do juiz. Segundo este autor, este é um dos traços que permite afirmar a subjetividade específica do conhecimento judicial, uma vez que, por mais que se esforce para ser objetivo, o julgador sempre está condicionado pelas circunstâncias nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções e seus valores, rompendo-se, portanto, com o mito da neutralidade do saber jurídico.⁶²

O reconhecimento desta forma de subjetivismo insuprimível relacionado à atividade jurisdicional manifestada especialmente no momento da busca da verdade no processo, estabelece a necessidade de instituir instrumentos para o controle desta forma de manifestação do poder punitivo estatal, mediante, especialmente, a previsão de garantias processuais e de um modelo legal de produção da verdade, com vistas à formação de uma verdade normativa em tríplice sentido: uma vez comprovada definitivamente, terá valor normativo; deve estar convalidada por normas; será verdade na medida em que seja procurada e alcançada com observância das normas processuais.⁶³

Em conclusão, pode-se asseverar, que no confronto entre saber e poder que marca toda a atividade jurisdicional, sempre haverá margem para a discricionariedade potestativa, devendo, portanto, serem impostos certos limites a fim de restringir e controlar o arbítrio punitivo. Neste contexto, a tarefa principal do garantismo penal é a de elucidar as condições que permitam conformar, do melhor modo possível, essa margem de discricionariedade, a fim de basear o juízo penal em decisões sobre a verdade processual em vez de em decisões sobre outros valores metajurídicos.⁶⁴

Ou seja, parafraseando Ferrajoli, o direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo lingüístico artificial que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e

⁶² FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 46.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 48/49.

de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.⁶⁵

3.3 Os princípios inspiradores do sistema garantista

Tendo em vista os objetivos deste modelo garantista, ressaltando-se sua estrutura utópica ou deontica, passa Ferrajoli a indicar seus princípios norteadores, estabelecidos em forma de axiomas, que representam, no fundo, verdadeiras garantias, na acepção em que é empregada esta expressão pelo autor, representando instrumentos de deslegitimação do exercício absoluto da potestade punitiva.⁶⁶

São eles, segundo o autor: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também em sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.⁶⁷

Estes princípios apontados por Ferrajoli estão presentes, em maior ou menor grau, nos sistemas penais concretos, servindo, portanto, de critério para aferição do grau de garantismo presente nos ordenamentos jurídicos específicos, classificando o autor subsistemas de acordo com a ausência de um ou mais destes postulados.

Neste contexto, denomina de sistema de mera legalidade aquele marcado por figuras legais de delitos cujos elementos constitutivos estão formulados em termos

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 52.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 57.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 74.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 74/75.

valorativos e polissêmicos, de modo que sua interpretação não permite falar, nem sequer em sentido aproximativo, de verificação jurídica, consistindo de opções e de juízos de valor. A falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena e, em consequência, um enfraquecimento de todas as demais garantias e a estrita jurisdicionariedade do sistema garantista puro decaem neste outro à mera legalidade e à mera jurisdicionariedade.⁶⁸

Por outro lado, o sistema chamado de inquisitivo é típico dos ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Nestes sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, freqüentemente, a publicidade e a oralidade do processo.⁶⁹

Por seu turno, o sistema objetivista é um sistema arcaico que reflete ordenamentos penais primitivos, informados pela responsabilidade objetiva, coletiva, ou pelo fato alheio ou impessoal, ligada por sua vez ao conhecimento e à vontade da ação ou do fato delituoso, ao critério elementar do talião. Está presente em quase todas as legislações penais modernas, identificada nas figuras de responsabilidade objetiva, presumida ou sem culpa.⁷⁰

Em seguida são citados os sistemas subjetivistas que se caracterizam pelo fato de que as figuras legais de delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referência à subjetividade desviada do réu. Precisamente, os sistemas ou as normas sem ação (entendida ação, obviamente, tanto no sentido de comissão quanto de omissão) reprimem não tanto ou não apenas determinados comportamentos, senão atitudes ou situações subjetivas de imoralidade, de periculosidade ou de hostilidade ao ordenamento, para além de sua exteriorização em manifestações delituosas concretas. Já os sistemas e as normas sem ofensa prescindem da lesão de bens jurídicos concretos, ou reprimindo antecipadamente a simples e freqüente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 79.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 79.

penal de tutela. Estes sistemas substancialistas ou subjetivistas, além disto, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado tipo de autor, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente sem ação e sem fato ofensivo.⁷¹

O sistema vexatório, por sua vez, é caracterizado pela presença de proibições e penas supérfluas, em contraste com as razões de utilidade individual e coletiva que justificam o direito penal: de proibições penais injustificadas por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou de penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado.⁷²

Por fim, o autor menciona a existência de sistemas denominados de irracionais. Em sua primeira forma, também chamada de sistema de mera prevenção, resulta suprimido todo o fato delituoso e não apenas o seu elemento subjetivo ou o seu elemento objetivo. A punição, conseqüentemente, assume nele a natureza de medida preventiva de desvio, em vez de retributiva. De conformidade com ele, o direito e o processo penal se transformam de sistema de retribuição, dirigido a prevenir os fatos delituosos por meio da conformação e da punição dos já ocorridos, em sistema de pura prevenção, dirigido a afrontar a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros. Esses sistemas correspondem a formas absolutas do Estado selvagem ou disciplinar. O primeiro representa o Estado policial, caracterizado por leis em branco, que permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio. O segundo corresponde ao chamado por Weber justiça patriarcal ou do cádi, não vinculada a nenhum critério preestabelecido, nem de fato nem de direito, mas remetida à boa vontade dos príncipes, dos notáveis, ou do povo, como justiça completamente substancial, material, sumária ou eqüitativa.⁷³

Assim, o modelo garantista puro, constituído por todos os princípios enunciados, inspira, ainda que não seja realizável plenamente, o modelo de Estado de

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 80.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 80.

⁷² FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 81.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 81/82.

direito, entendido por Ferrajoli, como um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial, ou dos conteúdos penalmente relevantes, e submetidos a um plano processual, ou das forças processualmente vinculantes.⁷⁴

Por outro lado, os demais modelos ou sistemas servem para configurar ordenamentos jurídicos próprios de Estados absolutos ou autoritários, entendidos por Ferrajoli, como as formas de representação jurídica nas quais os poderes sejam totais, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.⁷⁵

3.4 O Direito Penal Mínimo e o Sistema Acusatório

Nesta perspectiva, o sistema garantista puro privilegia, segundo a tese de Ferrajoli, um modelo de Direito Penal Mínimo, por estar condicionado e limitado ao máximo, em contraposição ao modelo de Direito Penal Máximo, minimamente condicionado e limitado por garantias penais e processuais.

Este modelo de Direito Penal Mínimo corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída neste modelo a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. A título de exemplo, aponta Ferrajoli, como norma de limitação informada pela certeza e pela razão, o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 83.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 83.

de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.⁷⁶

Ao contrário, o modelo de Direito Penal Máximo caracteriza-se, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, conseqüentemente configurando-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. Por isso afirma Ferrajoli que condenação e pena são neste modelo incondicionadas no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos julgadores.⁷⁷

No fundo, estes dois modelos de direito penal expressam modelos diferentes de certeza e racionalidade. Segundo Ferrajoli, a certeza perseguida pelo Direito Penal Máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo Direito Penal Mínimo está em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.⁷⁸

É exatamente neste ponto que reside a essência do garantismo penal, nos moldes em que é proposto por Ferrajoli. Este modelo representa a afirmação da dupla finalidade de um Direito Penal Mínimo: a prevenção geral dos delitos associada à prevenção geral das penas arbitrárias. Ou seja, significa a tentativa de equilibrar os interesses da sociedade e da vítima de prevenção e punição dos crimes e o interesse do réu,

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 83.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 84/85.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 85.

acusado ou suspeito, de não se ver submetido a uma condenação injusta ou a uma pena arbitrária.

Ademais, o garantismo jurídico, materializado através deste modelo de Direito Penal Mínimo, encontra sua perfeita expressão no Sistema Acusatório de administração da justiça penal, identificado por Geraldo Prado⁷⁹, como aquele no qual o juiz é concebido como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção.

Assim, importa que o julgador seja imparcial a fim de analisar com necessária equidistância as propostas de sentença apresentadas pela defesa e pela acusação. A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se, especialmente no princípio do juiz natural, garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição, que consiste na combinação da exigência de prévia determinação da regras processuais com a imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo.⁸⁰

Por outro lado, a imparcialidade do juiz é vista a partir de dois prismas. Há os casos de impedimento, pelos quais se objetiva excluir o juiz que possa ter interesse no resultado da causa. E existem as hipóteses de suspeição, normalmente voltadas a permitir a substituição do juiz interessado nas partes. De modo geral, as questões que envolvem as causas de impedimento são impessoais, apesar de guardar, em alguma medida, certo vínculo direto com a pessoa do magistrado, enquanto as causas de suspeição são dotadas de caráter predominantemente pessoal.⁸¹

Portanto, diante do postulado da imparcialidade do julgador, um dos pilares do Sistema Acusatório, e tendo em vista as premissas do Direito Penal Mínimo garantista, pode-se concluir, na trilha de Prado, que entre os poderes do juiz não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela

⁷⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 171.

⁸⁰ PRADO, Geraldo, op. cit., pp. 128/129.

⁸¹ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 130.

coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e da presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a tese esposada pela defesa, jamais agindo em prol da acusação.⁸²

De outro lado, o Sistema Acusatório pressupõe que a titularidade da ação penal seja conferida a órgão distinto daquele constitucionalmente incumbido de decidir a demanda, o qual deverá ser também responsável por provar e formar a convicção do julgador quanto à plausibilidade da tese acusatória.

Todavia, atente-se para o fato de que o princípio da demanda, segundo o qual a iniciativa do processo penal depende das partes, não podendo este ser instaurado de ofício pelo juiz, não se confunde com o princípio dispositivo, que possui caráter meramente subsidiário na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, segundo o qual o órgão de acusação possui o poder de dispor acerca do objeto da relação jurídica processual. Este princípio da disponibilidade da ação penal não se opõe em absoluto ao Sistema Acusatório, na visão de Prado, uma vez que assegura autonomia ao acusador, seja ele o Ministério Público ou o ofendido, até mesmo no que respeita à convicção da ausência do suporte mínimo probatório ou da presença de algum fator juridicamente inibidor da propositura da ação penal.⁸³

No que se refere ao ônus da prova atribuído à acusação, merece destaque a ressalva feita por Prado no sentido de que, constatada a relatividade da verdade produzida no processo, deve-se observar que a atividade probatória encontra seu limite nos direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, resguardados, principalmente, por intermédio das garantias processuais relacionais ao devido processo legal, como a vedação à prova ilícita.⁸⁴

A defesa, por seu turno, deve ser dotada de iguais condições de atuação em relação à acusação, com vistas a sustentar a tese que melhor represente os interesses do réu ou acusado. É necessário que se assegurem espaços tanto para a manifestação de uma defesa direta ou pessoal, sem restringir-se a possibilidade de atuação de uma defesa técnica devidamente capacitada e habilitada. O tratamento paritário, ademais, não prescinde de que

⁸² PRADO, Geraldo, op. cit., pp. 158/159.

⁸³ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 139.

seja assegurado ao acusado ou réu o acesso à assistência judiciária, na hipótese deste não dispor de recursos para constituir um defensor particular.

No que se refere à atividade probatória, deve-se assegurar à defesa ampla possibilidade de produção de elementos com vistas à formação da convicção do julgador, sendo isto inerente ao princípio constitucional da ampla defesa. O contraditório, por sua vez, deve ser assegurado com base na idéia de que o juiz deve atentar-se tanto para a tese da acusação como para a tese da defesa no momento de decidir a causa. Por isto, os atos de natureza cautelar, autorizados *inaudita altera pars*, dependerão necessariamente de um contraditório *a posteriori* sob pena de violar-se uma garantia processual fundamental.⁸⁵

Ao lado do princípio da separação das funções atribuídas aos sujeitos do processo penal, também faz parte da estrutura do Sistema Acusatório a oralidade e a publicidade, conforme defende Prado.

A oralidade compreende a forma procedimental marcada pelas seguintes características: predomínio da palavra falada; imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; identidade física do julgador ao longo do processo; e concentração dos atos do processo no tempo.⁸⁶

A publicidade, por sua vez, representa a possibilidade de conhecimento dos atos processuais por todos os sujeitos envolvidos na relação processual, ligando-se ao princípio do contraditório. Ao mesmo tempo relaciona-se também com a garantia de controle das decisões proferidas pelo juízo criminal, vez que o fundamento de eventual condenação deverá estar explicitado na sentença, podendo ser alvo de contestação e crítica não somente pelo condenado, mas por toda a sociedade.⁸⁷

Levando em consideração estas características do Sistema Acusatório, conclui Prado no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta apenas uma aparência acusatória, na medida em que embora a Constituição Federal consagre este sistema, as leis infraconstitucionais e a prática jurídica continua, por vezes, a reproduzir

⁸⁴ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 152.

⁸⁵ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 143.

⁸⁶ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 171.

⁸⁷ PRADO, Geraldo, op. cit., pp. 176/177.

características do Sistema Inquisitório, típico dos Estados totalitários que adotam modelos de Direito Penal Máximo como orientação para a atuação de seu poder punitivo.⁸⁸

Resta, portanto, verificar se as garantias processuais previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a prática dos profissionais que atuam no sistema de justiça penal juvenil, refletida por meio da jurisprudência dos Tribunais superiores, estão em conformidade com a Constituição Federal no que se refere à adoção do Sistema Acusatório como modelo de administração do poder punitivo estatal, fundamentado em um Direito Penal Mínimo de matriz garantista.

⁸⁸ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 149.

CAPÍTULO IV – Garantias processuais na aplicação e na execução das medidas socioeducativas: garantismo penal no Estatuto da Criança e do Adolescente

4.1 O sistema de garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como principal norma constituinte do subsistema do Direito da Infância e da Juventude no Brasil, estabelece ao longo de seu texto uma série de garantias específicas para os jovens acusados ou responsabilizados pela prática de atos infracionais, reproduzindo, em grande parte, a Constituição Federal no que se refere aos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos no que tange ao controle da atividade punitiva estatal.

São inúmeras regras que visam à proteção ao direito fundamental à liberdade do adolescente envolvido na prática de atos infracionais, como por exemplo, a que estabelece a garantia de não ser privado de sua liberdade senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 106 do Estatuto, que reproduz o art. 5º, LXI da Constituição, revelando a adoção do princípio da presunção de inocência como limite às prisões de natureza cautelar.

Também estabelece a norma estatutária o direito do adolescente à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, bem como o de ser informado quanto aos seus demais direitos, além de ser-lhe assegurada a comunicação de sua apreensão à autoridade judiciária competente e a sua família ou outra pessoa por este indicada, sendo o parágrafo único do art. 106 e o art. 107 do Estatuto transposição do art. 5º, LXII, LXIII e LXIV do texto constitucional.

Por outro lado, indica o Estatuto como direito do adolescente acusado pela prática de atos infracionais o de não ser submetido à identificação compulsória caso já esteja civilmente identificado, salvo por necessidade de confrontação ou havendo dúvida fundada sobre sua identidade, sendo este art. 109 da norma estatutária espelho do art. 5º, LVIII da Constituição Federal.

No que tange especificamente às garantias processuais asseguradas aos adolescentes envolvidos em atos infracionais fixa o diploma estatutário em seu art. 110 a

necessidade de observância do devido processo legal para a imposição de medidas socioeducativas a estes indivíduos em fase de desenvolvimento.

Em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente relaciona em seu art. 111 as garantias processuais em espécie, sendo elas: pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; defesa técnica por advogado; assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Por último, assegura a norma estatutária em seu art. 143 o sigilo do procedimento relativo à apuração da prática de atos infracionais, excepcionando a regra da publicidade dos atos processuais com vistas a resguardar a incolumidade física e psíquica do jovem infrator.

Ademais, o art. 152 do Estatuto assegura uma abertura sistêmica no sentido de incorporar subsidiariamente as normas gerais previstas pela legislação processual comum, permitindo que outras garantias possam fazer parte do subsistema do Direito Penal Juvenil, ainda que não previstas expressamente pela legislação especial.

Desta forma, pode-se concluir, com respaldo em Motta Costa, que o legislador que elaborou o texto estatutário preocupou-se em reproduzir de maneira ampla e irrestrita as garantias processuais constitucionalmente asseguradas a todos os cidadãos,⁸⁹ incorporando, portanto, os fundamentos do Sistema Acusatório e, conseqüentemente, um modelo de Direito Penal Mínimo de cunho garantista, conforme analisado anteriormente.

4.2 O procedimento para apuração de atos infracionais e as medidas socioeducativas

O procedimento de apuração da prática de atos infracionais atribuídos a adolescentes encontra-se regulamentado pelos arts. 171 a 190 da norma estatutária, aplicando-se, ainda, subsidiariamente as regras do processo penal comum por força do art. 152 do Estatuto.

Neste sentido, apreendido o adolescente pela prática de um ato infracional em razão da situação de flagrância ou por ordem judicial, poderá este ser liberado aos pais ou responsáveis com compromisso de comparecer perante o Ministério Público, ser encaminhado diretamente ao órgão ministerial para oitiva preliminar ou à presença da autoridade judiciária competente.

Ouvido o adolescente pelo representante do Ministério Público, este poderá optar pelo arquivamento dos autos, pela concessão de remissão ao jovem infrator ou pela promoção da ação socioeducativa mediante representação à autoridade judiciária competente, nos termos do art. 180 do Estatuto.

Oferecida a representação pelo Ministério Público, o juiz deverá designar audiência de apresentação do adolescente, ao qual deverá ser assegurado o direito à defesa técnica e pessoal, a exemplo da garantia concedida no processo penal ordinário aos acusados submetidos a interrogatório.

Após a audiência de apresentação, é concedido prazo de três dias ao advogado do adolescente para fins de apresentação de defesa prévia e indicação do rol de testemunhas, seguido este ato processual de audiência em continuação, com vistas à produção probatória e à realização de alegações finais orais pelas partes.

Por fim, o juiz proferirá sentença, e caso conclua pela responsabilidade do adolescente quanto à prática do ato infracional deverá aplicar-lhe a medida socioeducativa mais adequada a sua ressocialização.

Dentre as medidas previstas pelo Estatuto em seu art. 112, existem aquelas cumpridas em meio aberto e outras que resultam na restrição ou privação da liberdade do jovem infrator. Na primeira categoria enquadram-se a advertência, a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida. Na segunda categoria encontram-se a semi-liberdade e a internação.

⁸⁹ COSTA, Ana Paula Motta, op. cit., p. 108.

4.3 As deficiências antigarantistas do Direito Penal Juvenil brasileiro

Por esta perspectiva, o sistema de garantias e a forma de apuração de atos infracionais com vistas à imposição de medidas socioeducativas aos adolescente infratores parecem estar perfeitamente adequados aos postulados do garantismo penal, conforme formulado por Ferrajoli.

Contudo, uma análise minuciosa deste modelo e de sua prática permite perceber a existência de lacunas antigarantistas que podem conduzir à negação dos postulados da Doutrina da Proteção Integral e à colisão com os princípios do Direito Penal Mínimo que inspiram a construção de um verdadeiro Sistema Acusatório.

4.3.1 Internação provisória e presunção de inocência

Uma das primeiras deficiências constatadas no que se refere ao sistema de garantias do Direito Penal Juvenil refere-se às hipóteses legais que autorizam a internação provisória do adolescente acusado pela prática de atos infracionais.

De fato, o art. 174 do Estatuto, ao estabelecer como pressupostos para a determinação da internação provisória a gravidade do ato infracional cometido e sua repercussão social, e como finalidades desta medida a segurança pessoal do adolescente acusado ou a manutenção da ordem pública, certamente deixou ampla margem de discricionariedade para a atuação do poder punitivo estatal.

Sem dúvida, o maior perigo reside no fato de autorizar-se a internação provisória com a finalidade de proteger o adolescente infrator, representando esta previsão legislativa resquício da superada Doutrina da Situação Irregular, que costumava realizar com base princípio do Superior Interesse do Menor as maiores arbitrariedades, negando garantias e aplicando medidas de caráter nitidamente punitivo sob o argumento de estar realizando um bem para o adolescente.

Entende, Costa Saraiva, ser inconstitucional do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando proteger o sujeito, subtraia-lhe a liberdade. Defende este autor que na interpretação do art. 174 do Estatuto deve ser

observada a presença das condições, previstas pelo art. 312 do CPP, que ensejam a prisão preventiva, com base no art. 152 da norma estatutária, a fim de que seja legitimada a internação provisória.⁹⁰

De fato, se o adolescente necessita de proteção, inclusive porque se encontra exposto a risco pessoal, esta circunstância recomenda, segundo Costa Saraiva, o acionamento da rede de proteção, com a colocação deste jovem, por exemplo, em um abrigo, temporariamente, localizado em outra região.⁹¹

Ademais, as formas de prisão cautelar são vistas com reserva pelo garantismo penal, tendo em vista representarem mitigação ao princípio da presunção de inocência. De fato, entende Ferrajoli que estas espécies de prisão desempenham uma dupla função. A primeira relacionada ao fato de representarem uma forma de pena antecipada, no sentido de que, primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando, realizando-se, portanto, a transformação do processo em uma forma de punição informal. A segunda vincula-se ao caráter inquisitório destas prisões, destinadas a constranger o acusado a confessar ou colaborar, além de restringir-lhe a possibilidade de defesa.⁹²

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente carece de reformulação legislativa quanto a este ponto, a fim de estabelecer critérios mais objetivos para a imposição da internação provisória aos adolescentes acusados da prática de atos infracionais, devendo-se observar, em todo caso, o prazo máximo de sua duração, fixado em 45 dias nos termos do art. 108 da norma estatutária, a limitar também a própria duração do procedimento para apuração da responsabilidade do jovem infrator, em consonância com os princípios constitucionais, expressos no arts. 5º, LXXVIII e 227, da celeridade processual e da prioridade absoluta.

4.3.2 Remissão e consensualismo penal

⁹⁰ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 44.

⁹¹ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 44.

⁹² FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 623/624.

A remissão no Direito Penal Juvenil pode ser compreendida, com base em Roberto Baptista Dias da Silva⁹³, como o perdão concedido ao adolescente acusado da prática de ato infracional, visando a exclusão, suspensão ou extinção do processo. Acrescentando ainda algo a este conceito, Costa Saraiva informa que a remissão também se relaciona com o léxico remeter, no sentido de que sua concessão remete a relação processual a um procedimento diverso daquele previsto para a apuração do ato infracional.⁹⁴

A remissão, portanto, representa o exercício de uma espécie de poder moderador, que tem como objetivo a racionalização do procedimento para apuração de ato infracional, na medida em que limita a sua instauração apenas quando comprovada a sua real necessidade. Portanto, para além da idéia de perdão, a remissão representa uma verdadeira forma de transação, acordo ou ajuste realizado entre o órgão de acusação e o adolescente infrator.

Desta forma, defende Dias da Silva, que a remissão deve ser concedida ao adolescente a fim de evitar os efeitos estigmatizantes do processo, bem como o desafogamento da justiça penal juvenil, mas somente quando a sua concessão não implicar na violação de qualquer garantia assegurada ao jovem infrator, desempenhando a função pedagógica esperada.⁹⁵

Contudo, o primeiro questionamento que surge a partir da análise do instituto da remissão é acerca da dispensabilidade do acompanhamento do jovem por seu defensor quando da propositura da medida pelo Ministério Público durante a oitiva informal.

Afirma Dias da Silva que, sob o argumento de que ainda não foi instaurada a relação processual, não se tem exigido a presença de um advogado para acompanhar o adolescente à audiência preliminar realizada perante o representante do Ministério Público, tendo em vista a ausência de previsão expressa do Estatuto neste sentido.⁹⁶

⁹³ SILVA, Roberto Baptista Dias da. *A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 113.

⁹⁴ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 136.

⁹⁵ SILVA, Roberto Baptista Dias da, op. cit., p. 117.

⁹⁶ SILVA, Roberto Baptista Dias da, op. cit., p. 143.

Trata-se, entretanto, de um equívoco interpretativo, na medida em que o princípio da ampla defesa, corolário do devido processo legal, determina que aos acusados em geral será propiciada não só recursos para uma defesa direta ou pessoal, mas, sobretudo, deverá ser assegurado a estes a possibilidade de contar também com uma defesa técnica. Esta forma de defesa, inclusive, é a responsável por assegurar a paridade de armas com a acusação.

Portanto, fazendo-se uma leitura sistemática das garantias previstas tanto pela Constituição quanto pelo Estatuto, há que se afirmar que a concessão da remissão deve sempre ser concertada na presença do defensor do adolescente acusado, sob pena de subverter-se um dos pilares do Sistema Acusatório de índole garantista: a ampla defesa.

Também defende Dias da Silva ser imprescindível que o adolescente esteja acompanhado de seus pais ou responsáveis neste momento processual. Na ausência destes, deve ser nomeado um curador que não poder ser, obviamente, o representante do Ministério Público. Todavia este *munus* poderá ser exercido pelo próprio advogado do adolescente, tendo em vista a aplicação analógica do enunciado da Súmula 352 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “*Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo.*”⁹⁷

De outro lado, questiona-se também a possibilidade de concessão da remissão pelo Ministério Público cumulada com a aplicação de uma medida socioeducativa ao adolescente acusado da prática de um ato infracional, nos termos do art. 127 c/c art. 181, § 1º do Estatuto.

Inicialmente, afirma Dias da Silva que a controvérsia restou pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao editar sua Súmula nº 108, cujo teor é o seguinte: “*A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.*”⁹⁸ Trata-se, de fato, da reafirmação do princípio da jurisdiccionariedade no que tange à imposição de medidas punitivas, estabelecendo a necessária separação entre o órgão de acusação e aquele incumbido de julgar a demanda, informando que se o Ministério Público pretende que seja aplicada uma medida socioeducativa ao adolescente infrator deverá recorrer à autoridade judicial

⁹⁷ SILVA, Roberto Baptista Dias da, op. cit., p. 148.

⁹⁸ SILVA, Roberto Baptista Dias da, op. cit., p. 119.

competente por meio da representação ou submetendo a remissão cumulada com a aplicação desta medida à homologação do juiz.

Em princípio, pode-se afirmar que o garantismo penal de Ferrajoli não admite a prevalência do princípio da disponibilidade da ação penal expressa por meio desta forma de remissão cumulada com a aplicação de uma medida socioeducativa, afirmando ser da essência do Sistema Acusatório os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da *persecutio criminis*.⁹⁹

Contudo, Prado, realizando uma leitura do garantismo de Ferrajoli, defende não ser incompatível o princípio da disponibilidade com o Sistema Acusatório, ressalvando que a utilização deste princípio deve ocorrer apenas de modo excepcional, somente sendo admissíveis formas de transação penal, como a remissão, se forem observadas algumas exigências com vistas à preservação do modelo garantista, conforme explicita: que a publicidade interna do procedimento no qual se pretende desenvolver a solução consensual não seja restringida; que o acusado tenha a sua disposição todas as informações necessárias a respeito do significado da adoção dos comportamentos processuais possíveis, com esclarecimento quanto às consequências da escolha de cada um dos caminhos disponíveis; que o imputado possa agregar informações relevantes para que se decida sobre a conveniência da aplicação das medidas consensuais, exercitando contraditório compatível com a espécie de procedimento adotado; e que não haja redução ou eliminação da presunção de inocência ou prejuízo às demais garantias processuais existentes.¹⁰⁰

Portanto, ainda que se possa admitir eventual acordo proposto pelo Ministério Público com o objetivo de conceder a remissão como forma de exclusão do processo, condicionada esta, contudo, ao cumprimento de uma medida socioeducativa previamente acordada, esta transação deverá revestir-se de todas as garantias processuais asseguradas ao adolescente tanto pela Constituição quanto pelo Estatuto. Isto implica no reconhecimento da necessidade de que o jovem esteja acompanhado de seus pais ou responsáveis, seja assistido por defensor habilitado, orientado quanto às consequências da aceitação do acordo, e que este seja homologado pela autoridade judicial competente.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 455/457.

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo, op. cit., pp. 141/142.

Por fim, merece destaque a controvérsia relativa à possibilidade de regressão da medida socioeducativa aplicada ao adolescente em sede de remissão. Trata-se da dúvida quanto à possibilidade de aplicação de medida privativa de liberdade em caso de injustificado e reiterado descumprimento de medida anteriormente imposta, limitada a um período de três meses, de acordo com a redação do art. 122, III e § 1º do Estatuto.

Trata-se, mais uma vez, de lacuna deixada pela norma estatutária que pode conduzir a rupturas no sistema de garantias já explicitado, salvo se realizada uma interpretação sistemática do Estatuto à luz da Constituição.

Neste contexto, o instituto da internação-sanção supracitado somente será cabível na hipótese em que a medida socioeducativa que está sendo descumprida tenha sido imposta ao adolescente mediante sentença prolatada em sede de ação socioeducativa, com observância de todos os postulados do devido processo legal, segundo entendimento esposado por Costa Saraiva.¹⁰¹

Pode-se traçar, neste ponto, um paralelo com o que ocorre no âmbito do sistema penal dos Juizados Especiais, no qual não se admite a aplicação direta de pena privativa de liberdade em razão do descumprimento de transação penal realizada entre o autor do fato e o Ministério Público, antes sendo necessário, segundo orientação já consolidada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a apresentação de denúncia contra o acusado e a retomada do processo penal com todas as garantias que lhe são inerentes.

Não adotar este entendimento em sede de Direito Penal Juvenil corresponderia à imposição de tratamento mais severo ao adolescente em comparação com o adulto em situação semelhante, representando séria violação ao princípio da especificidade do jovem como pessoa em fase de desenvolvimento, nos termos do art. 227 da Constituição.

Um último argumento seria o de que apesar do art. 127 do Estatuto admitir que à remissão seja cumulada uma medida socioeducativa, a referida norma ressalva a aplicação das medidas de semi-liberdade ou de internação. Logo, segundo Costa Saraiva, sabendo-se não ser possível em sede de remissão a aplicação de medida restritiva

¹⁰¹ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 140.

ou privativa da liberdade, como, então, aceitar a possibilidade de privação da liberdade deste adolescente por intermédio do instituto da internação-sanção?¹⁰²

4.3.3 Excepcionalidade e brevidade da medida de internação

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece de forma taxativa em seu art. 122 as hipóteses de cabimento da medida de internação. Esta taxatividade decorre, segundo Flávio Américo Frasseto¹⁰³, do princípio da legalidade na forma como foi incorporado pelo Direito Penal Juvenil, tendo em vista a natureza jurídica penal especial das medidas socioeducativas.

Todavia, a despeito de ser *numerus clausus* a relação dos casos em que o Estatuto admite a imposição da medida socioeducativa de internação ao adolescente acusado pela prática de um ato infracional, a vagueza das expressões empregadas pelo legislador abre novas frestas pelas quais pode o sistema de garantias vir a ser corrompido por uma atuação arbitrária do poder punitivo estatal.

De fato, ao permitir que um adolescente seja submetido à internação, medida que importa na privação de sua liberdade, por atos infracionais cometidos com grave ameaça ou violência a pessoa, o Estatuto acaba por admitir que um jovem infrator seja punido com esta sanção extrema pela prática, no exemplo dado por Costa Saraiva, de lesões corporais leves, quando este crime é considerado como de menor potencial ofensivo pela legislação penal comum, o que poderia trazer como consequência a paradoxal circunstância do jovem ser tratado de modo mais gravoso que o adulto em circunstâncias análogas. Para evitar esta incongruência, a melhor solução, segundo Costa Saraiva, é compreender que os requisitos da violência e da grave ameaça devem integrar o tipo penal

¹⁰² SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 141.

¹⁰³ FRASSETO, Flávio Américo. *Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 9, nº 33, jan./mar., 2001, p. 190.

enquanto elementar, presentes, por exemplo, nos delitos de latrocínio, homicídio, estupro e atentado violento ao pudor.¹⁰⁴

Por outro lado, o Estatuto não confere condições ao intérprete para discernir quanto ao conteúdo da expressão reiteração de infrações graves. A reiteração, de acordo com Costa Saraiva, não pode ser confundida com reincidência, possuindo aquela maior abrangência conceitual que esta. Entretanto, consolidou o Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência o entendimento segundo o qual uma ação reiterada supõe a prática de pelo menos três condutas pelo adolescente infrator. Já o conceito de infrações graves, propõe Costa Saraiva que seja entendido como aquele a que a lei penal comina pena de reclusão.¹⁰⁵

Todavia, às condições objetivas estabelecidas para imposição da medida de internação, previstas pelo art. 122, também se agregam as condições subjetivas do art. 112, § 1º do Estatuto, determinando ao juiz que observe as circunstâncias em que o ato infracional foi praticado, a adequação da medida ao perfil do adolescente infrator, bem com a gravidade da infração por ele consumada.

Mas, sem dúvida, os elementos mais importantes para a orientação do juiz no momento da escolha da medida de internação como resposta estatal pela prática do ato infracional são os princípios que inspiram esta sanção de caráter penal especial.

Em primeiro lugar, deve-se observar o princípio da brevidade da internação, como limite cronológico ao poder punitivo, materializado, especialmente, pela necessidade de reavaliação periódica da medida. Em seguida, não se pode olvidar o caráter excepcional da internação, como limite lógico ao poder punitivo, devendo sua aplicação ocorrer apenas diante da inexistência de alternativa melhor para a ressocialização do infrator. E por último, o princípio do respeito à condição peculiar do adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento, como limite ontológico ao poder punitivo, deve balizar a imposição da medida de internação ao jovem infrator, significando que também durante a execução desta medida devem ser assegurados ao adolescente privado de sua liberdade

¹⁰⁴ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 174.

¹⁰⁵ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 175.

todos os direitos fundamentais que lhe são conferidos tanto pela Constituição quanto pelo Estatuto.¹⁰⁶

4.3.4 Prescrição e indeterminabilidade temporal relativa das medidas socioeducativas

Pode-se definir a prescrição penal, na lição de Mirabete, como a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo período temporal.¹⁰⁷

Nota-se, assim, que o referido instituto tem por finalidade impor ao poder punitivo estatal um limite temporal, possuindo, portanto, forte conotação garantista. Este instituto faz-se necessário, no contexto de vigência do Estado de direito, para que não se atribua à administração da justiça penal um caráter perpétuo.

Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe expressamente acerca do instituto da prescrição da pretensão socioeducativa. Por isto, este tema tem sido alvo de debates freqüentes, exteriorizados, principalmente, por intermédio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁸

Os defensores da tese favorável à aplicação por analogia da disciplina penal da prescrição à norma estatutária, embasam a argumentação, essencialmente, na exegese extraída do art. 152 do referido diploma legal. Entendem, portanto, ser possível a aplicação subsidiária das disposições contidas no Código Penal, face à lacuna do Estatuto quanto ao prazo máximo de duração da persecução infracional aos adolescentes acusados pela prática de atos ilícitos.

Por outro lado, invocam os opositores desta tese que o art. 226 da norma estatutária autoriza a aplicação das disposições contidas na Parte Geral do Código Penal somente aos crimes específicos previstos pelo Estatuto, e não aos atos infracionais, defendendo a existência de distinção entre estes conceitos.

¹⁰⁶ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 170.

¹⁰⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Volume I. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 289.

¹⁰⁸ FRASSETO, Flávio Américo, op. cit., p. 199.

Todavia, como foi afirmado anteriormente, o ato infracional encontra-se inserido na mesma categoria teórica à qual pertence o delito e o crime, ou seja, insere-se na modalidade dos atos ilícitos, conforme classificação proposta pela Teoria Geral do Direito, possuindo ambos institutos natureza jurídica semelhante.

Paralelamente, apesar de existirem certas diferenças entre as finalidades e os princípios que regem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas e das penas, não se configura distinção essencial entre elas no que tange a sua natureza jurídica, uma vez que ambas representam sanções previstas pelo ordenamento para a hipótese de inobservância de padrões normativamente impostos.

Desta forma, pode-se concluir que as medidas socioeducativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social. Embora se distingam das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não abandonam o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, vez que autorizam a ingerência estatal nos direitos individuais do adolescente infrator para lhes impor, coercitivamente, por meio de um programa pedagógico, medidas que podem incluir inclusive a privação de sua liberdade.

Portanto, não aplicar o instituto da prescrição aos atos infracionais significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, violando-se, assim, um dos pressupostos da Doutrina da Proteção Integral, devendo-se considerar o fato de que, em sede de ressocialização de jovens infratores, uma resposta estatal tardia inexoravelmente representará uma resposta ineficaz.¹⁰⁹

Entretanto, apesar de existir ainda intensa controvérsia jurisprudencial sobre o tema, debruçando-se sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente é possível verificar a existência de hipóteses de prescrição incidentes sobre as medidas socioeducativas, previstas estas no âmbito da própria norma estatutária. É a conclusão a que se chega mediante uma interpretação sistemática de alguns dispositivos presentes no referido diploma legal.

Assim, por exemplo, através da interpretação do parágrafo único do art. 2º c/c o § 5º do art. 121, ambos do Estatuto, pode-se definir como causa extintiva da pretensão socioeducativa o fato do jovem infrator completar vinte e um anos de idade,

momento a partir do qual não é mais possível a intervenção estatal sobre a esfera jurídica particular do adolescente visando sua ressocialização.

Esta é a conclusão a que chega Liberati ao asseverar que na verdade, o § 5º do art. 121, ao dispor que o infrator será liberado compulsoriamente, cria a figura da extinção da punibilidade do adolescente autor de ato infracional pela prescrição, considerada de maneira análoga às disposições do Código Penal, configurando verdadeira limitação temporal ao poder socioeducativo estatal.¹⁰⁹

Contudo, uma última dificuldade apresenta-se em relação à questão da aplicação de forma subsidiária ao Estatuto da Criança e do Adolescente das disposições do Código Penal relativas à prescrição. Trata-se do fato de que as medidas socioeducativas não comportam prazo determinado, ou seja, não são impostas, em regra,¹¹¹ por um período certo, uma vez que a extinção destas está vinculada à efetiva ressocialização do jovem infrator e não ao seu cumprimento por um prazo determinado.

Percebe-se, ademais, da análise das diversas modalidades de medidas socioeducativas previstas pela norma estatutária que em alguns casos é estabelecido um limite máximo de cumprimento, como no caso da internação, por força do § 3º do art. 121, ou ainda um período mínimo para a execução das tarefas propostas destinadas à reintegração social do adolescente, como na hipótese da liberdade assistida, conforme determinado pelo § 2º do art. 118 do Estatuto.

Desta maneira, seria inviável a aplicação dos parâmetros estabelecidos no art. 109 do Código Penal para fixar o prazo prescricional para as medidas socioeducativas, levando em conta que elas não possuem limites abstratos exatos de duração, não são aplicadas pelo juiz concretamente por determinado período de tempo, mas sempre se balizando o cumprimento destas medidas pela eficácia da ressocialização proposta.

Forçoso, portanto, é reconhecer, na esteira de Liberati, que em face da não fixação de lapso temporal restrito da medida socioeducativa, é impossível o

¹⁰⁹ FRASSETO, Flávio Américo, op. cit., p. 199.

¹¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti, op. cit., p. 94.

¹¹¹ Diz-se em regra pois, medidas como a prestação de serviços à comunidade comportam a determinação para cumprimento por período determinado, ainda que sujeito à avaliação da ocorrência da efetiva ressocialização do adolescente infrator.

estabelecimento de prazos prescricionais, uma vez que estes são regulados sempre pela quantidade da pena aplicada em concreto ou em abstrato.¹¹²

Entretanto, esta indeterminabilidade temporal relativa das medidas socioeducativas também é contrária aos postulados do garantismo penal e ao modelo de Direito Penal Mínimo por ele proposto. Conforme Ferrajoli, um programa de minimização do direito penal exige a determinação das penas tanto em sede legislativa quanto em sede jurisdicional, representando uma garantia fundamental contra o arbítrio punitivo estatal a fixação da exata duração das sanções previstas e impostas.¹¹³

Por fim, cumpre mencionar a observação feita por Costa Saraiva no sentido de que caso venha a sentença fixar prazo determinado para o cumprimento da medida socioeducativa, sem que haja recurso por parte do Ministério Público, não há como submeter o adolescente infrator à restrição de seus direitos ou à privação de sua liberdade por tempo superior ao fixado pelo juiz, uma vez revestida esta decisão pelos efeitos da coisa julgada.¹¹⁴

4.4 O anteprojeto de Lei de Execuções de medidas socioeducativas

Por último, cumpre abordar o tema da execução das medidas socioeducativas, tendo em vista a análise dos espaços de discricionariedade abertos no sistema de garantias do Direito Penal Juvenil brasileiro pela ausência de uma regulamentação precisa da matéria pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

De fato, o diploma estatutário regulamentou detalhadamente, em seus arts. 171 a 190, o procedimento de apuração do ato infracional até a aplicação da medida socioeducativa, ou seja, até o momento imediatamente anterior à execução desta medida. Entretanto, não disciplinou o procedimento destinado à execução das medidas socioeducativas impostas aos jovens infratores, traçando em seu Capítulo V, Título III do Livro II apenas algumas diretrizes desta execução.

¹¹² LIBERATI, Wilson Donizeti, op. cit., p. 101.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 329.

¹¹⁴ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., p. 107.

Neste contexto, foi apresentado em 1998 pelo Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva um Anteprojeto de Lei de Execuções de medidas socioeducativas ao então Secretário Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, José Gregori. À época, a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, a ABMP, promoveu um amplo debate nacional a respeito da oportunidade, conveniência e conteúdo desta proposta. Atualmente, após diversas discussões, uma nova versão, buscando contemplar todos os aspectos trazidos pelos debates foi criada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança (CONANDA), com o objetivo de ser apresentada ao Congresso Nacional.¹¹⁵

O texto deste anteprojeto, em sua versão mais recente, procura, em linhas gerais, regulamentar o procedimento para execução das medidas socioeducativas impostas aos adolescentes infratores, com vistas a balizar a atuação dos profissionais envolvidos na administração de justiça penal juvenil. A ausência de regulamentação quanto a esta matéria apresenta séria violação ao princípio da legalidade, na forma como é concebido pela teoria garantista, representando ainda afronta ao princípio da igualdade de tratamento dos jovens submetidos a medidas socioeducativas.

O primeiro elemento fundamental do referido anteprojeto refere-se à obrigatoriedade de formulação de um plano individual de atendimento, o qual deverá definir quais atividades o adolescente desenvolverá no decorrer da execução da medida, conforme suas necessidades específicas. Este plano deverá ser elaborado com a participação do jovem infrator, seu defensor, Ministério Público e uma equipe multidisciplinar do órgão incumbido da execução da medida, devendo ser revisto periodicamente.

Por outro lado, no campo das garantias processuais asseguradas nesta fase processual, segundo o anteprojeto, torna-se obrigatória a presença do advogado do jovem submetido à medida socioeducativa em qualquer decisão relativa à execução, buscando assegurar paridade de armas à defesa em relação ao já bem aparelhado órgão de acusação.

No tocante às sanções disciplinares de natureza administrativa, o citado anteprojeto inova ao assegurar aos adolescentes, durante a execução da medida, todas as

¹¹⁵ FRASSETO, Flávio Américo. *Considerações sobre o anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Sócio-Educativas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, nº 45, abr./jun., 2003, p. 87.

garantias processuais previstas no Estatuto: contraditório, ampla defesa, respeito ao devido processo legal, pleno e formal conhecimento da acusação, igualdade na relação processual, defesa técnica, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável, entre outras.

Estas sanções disciplinares poderão a qualquer tempo ser revistas judicialmente por provocação do Ministério Público, do adolescente ou de seus responsáveis. Uma vez questionada a sanção disciplinar, a sua execução ficará suspensa até que o juiz decida se esta é cabível ou não. Também é prevista a possibilidade de outros interessados questionarem a aplicação de sanções disciplinares, criando-se mecanismo de controle social e democrático da execução das medidas socioeducativas.¹¹⁶

Outro ponto relevante diz respeito à vedação de sanções disciplinares de isolamento. É vedada também a incomunicabilidade e a restrição de visita, assim como qualquer outra sanção que importe prejuízo à escolarização, profissionalização e às medidas especiais de atenção à saúde.

No que se refere ao tema da progressão de medida, o anteprojeto de lei determina que caso sobrevenha sentença aplicando nova sanção de caráter penal especial, durante o transcurso da execução, estas serão unificadas, devendo ser mantido o prazo original para efeitos de reavaliação e tempo máximo de cumprimento da medida. Somente no caso de prática de novo ato infracional durante a execução da medida é que haverá a possibilidade de reinício do prazo para cumprimento da medida.

Com relação à extinção da medida socioeducativa, o anteprojeto de lei traz as hipóteses em um rol aberto: morte do adolescente, cumprimento integral e atingida a finalidade do plano de atendimento individual, transcurso do tempo fixado na sentença, nas hipóteses de Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, transcurso do prazo de 3 anos, nos casos Semi-Liberdade e Internação, ter o adolescente completado vinte e um anos de idade, pelo cumprimento do prazo de três meses de regressão, e pela aplicação de pena privativa de liberdade a ser cumprido em regime fechado ou semi-aberto, entre outras.¹¹⁷

¹¹⁶ FRASSETO, Flávio Américo, op. cit., p. 89.

¹¹⁷ FRASSETO, Flávio Américo, op. cit., p. 90.

Contudo, o tema da prescrição não é mencionado pelo anteprojeto, haja vista a inexistência de consenso entre os doutrinadores acerca da viabilidade e da adequação do instituto ao Direito Penal Juvenil, apesar das observações feitas anteriormente acerca desta matéria.

Assim, pode-se afirmar que a aprovação deste anteprojeto de lei certamente contribuirá para a consolidação do sistema de garantias estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange ao Direito Penal Juvenil, reduzindo as margens de arbítrio deixadas ao poder punitivo estatal no que tange à execução destas medidas.

CONCLUSÕES

Ao final deste trabalho, podem ser apontadas, à título de conclusão, as seguintes constatações:

1. O surgimento do Direito da Infância e da Juventude como disciplina jurídica autônoma deveu-se ao reconhecimento das categorias sociais de criança e de adolescente como sujeitos de direitos frente ao Estado, à família e à sociedade.
2. A criação dos Tribunais de Menores representou a primeira manifestação concreta no sentido de consolidar e sistematizar um verdadeiro Direito da Infância e da Juventude, ainda, neste momento, inspirado pela Doutrina do Direito Penal do Menor, a qual não estabelecia um tratamento diferenciado ao adolescente infrator em face do adulto delinqüente, segregados em um mesmo modelo de sistema prisional.
3. A Doutrina da Situação Irregular, apesar das limitações posteriormente verificadas, representou um avanço no sentido da formação de um Direito Penal Juvenil distinto do Direito Penal comum, postulando a criação de um sistema tutelar e assistencialista diferenciado para tratar e abrigar a subcategoria da infância, representada pelo menores delinqüentes e abandonados.
4. O reconhecimento pela ONU, a partir da segunda metade do Século XX, da importância da enunciação e da defesa dos Direitos da Infância e da Juventude, materializado pela elaboração de documentos internacionais de direitos humanos relativos à matéria, culminou na elaboração da Doutrina da Proteção Integral, adotada pelo Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. A transição paradigmática realizada neste momento possibilitou a formulação de um Direito Penal Juvenil em bases garantistas, reunificando a categoria jurídica da infância e conferindo-lhe verdadeiro *status* de sujeito de direito.
5. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um verdadeiro sistema de responsabilização juvenil pela prática de atos infracionais, centrado na idéia da inimputabilidade penal, que não se confunde absolutamente com impunidade.
6. A construção deste modelo de responsabilização do adolescente infrator foi fundamental para o reconhecimento do Direito Penal Juvenil enquanto ramo do Direito

da Criança e do Adolescente responsável pelo estudo do ato infracional e da medida socioeducativa.

7. A análise destes dois institutos fundamentais do Direito Penal Juvenil permite identificar suas naturezas jurídicas. O ato infracional pode ser enquadrado, em face da incorporação do princípio da legalidade estrita pelo art. 103 do Estatuto, na categoria jurídica, formulada a partir da Teoria Geral do Direito, de ato ilícito. A medida socioeducativa, por sua vez, embora dotada de finalidade diversa da pena, representa uma forma de sanção, na medida de sua coercibilidade, com características penais especiais.

8. A defesa de um Direito Penal Juvenil nestes termos, reconhecido o ato infracional como ato ilícito e a medida socioeducativa como sanção penal especial, contribui para assegurar a vigência dos princípios aplicados amplamente ao Direito Penal comum também a este ramo específico do Direito da Criança e do Adolescente, auxiliando na formação de um sistema de garantias que lhe dê sustentação.

9. O modelo teórico do garantismo penal de Ferrajoli representa um sistema utópico de controle do poder punitivo estatal, que dificilmente poderá ser implementado inteiramente, mas que tem o mérito de servir como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional das normas e práticas relativas à atuação desta potestade no Estado de direito.

10. As bases epistemológicas do sistema garantista de Ferrajoli são o neopositivismo, no plano jurídico, o método analítico, no plano filosófico, e o liberalismo, no plano político. A busca pela verdade através do processo é defendida como uma atividade cognitiva, afastando-se as tendências decisionistas que abrem espaços ao arbítrio estatal em sede de persecução penal.

11. São nove os princípios que constituem um sistema garantista puro: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também em sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da

falseabilidade. A presença ou ausência destes princípios nos ordenamentos jurídicos ajuda a desvendar como é equacionada a relação entre poder punitivo e tutela dos direitos fundamentais.

12. Existe uma precisa correlação entre Direito Penal Mínimo, Sistema Acusatório e Estados de direito e, por outro lado, entre Direito Penal Máximo, Sistema Inquisitivo e Estados absolutistas ou autoritários, representando esta antítese um confronto entre dois modelos de administração da justiça criminal. O primeiro fundamentado na lógica de que não se deve punir nenhum inocente, ainda que seja necessário inocentar algum culpado. O segundo baseado na idéia de que não se deve deixar de punir nenhum culpado, ainda que seja necessário punir algum inocente.

13. O sistema de garantias processuais adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente revela, em linhas gerais, uma opção do Direito Penal Juvenil brasileiro por um modelo de Direito Penal Mínimo, fundamentado nos princípios do Sistema Acusatório como norteadores da administração da justiça penal juvenil.

14. Apesar da adoção do garantismo penal pelo Estatuto, este apresenta algumas deficiências antigarantistas, encontradas, especialmente, nos pressupostos da internação provisória, no procedimento da remissão ministerial, nos requisitos para imposição da medida socioeducativa de internação, na ausência de limites temporais precisos para a atuação da pretensão socioeducativa, aliados, especialmente, à existência de uma lacuna normativa quanto ao procedimento para o acompanhamento das execuções de medidas socioeducativas impostas aos adolescentes infratores.

Contudo, acredita-se que o aperfeiçoamento deste sistema de garantias processuais do Direito Penal Juvenil depende muito mais da atuação dos advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes, psicólogos, assistentes sociais, enfim, do empenho de todos os profissionais que trabalham neste campo específico do Direito pela defesa intransigente, talvez utópica, mas certamente necessária, dos postulados da Doutrina da Proteção Integral, que se coaduna, por sua vez, com as diretrizes de um modelo de Direito Penal Mínimo de matriz garantista e com os princípios do Sistema Acusatório que devem nortear a administração da justiça penal em um Estado de direito que se pretenda democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. *O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª Edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1997.
- CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter fundamental da inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FRASSETO, Flávio Américo. *Considerações sobre o anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Sócio-Educativas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, nº 45, abr./jun., 2003.
- _____. *Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 9, nº 33, jan./mar., 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Infância, lei e democracia na América Latina*. In: Juizado da Infância e da Juventude, v. 3, nº 6/7, jul./nov., 2005, pp. 11/12.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social – IBPS, 1991.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

NORONHA, Eduardo Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. *A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil*, In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VOLPI, Mario. *O Adolescente e o Ato Infracional*. 2ª Edição. São Paulo: Cortez, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Sistemas penais e direitos humanos na América Latina*. Tradução de Miguel Costa Luz. São Paulo: Malheiros, 1999.