

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO

CONSELHO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

DANIELLE RINALDI BARBOSA

ADOLESCENTE, PUNIÇÃO E GARANTISMO:
UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA
DO DIREITO (PENAL JUVENIL)

SÃO PAULO
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO

CONSELHO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

DANIELLE RINALDI BARBOSA

ADOLESCENTE, PUNIÇÃO E GARANTISMO:
UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA
DO DIREITO (PENAL JUVENIL)

Trabalho de Conclusão de Mestrado Profissional apresentado como exigência parcial à banca examinadora da Universidade Bandeirante de São Paulo – UNIBAN – para obtenção do título de mestra em Políticas e Práticas com Adolescentes em Conflito com a Lei, sob a orientação do Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati.

SÃO PAULO
2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wilson Donizeti Liberati (Presidente - Orientador)

Prof. Ms. Carlos Alberto Carmello Junior (1º Titular – Externo - UNISANTOS)

Profa. Dra. Irândi Pereira (2º Titular – Interno - UNIBAN)

A todos aqueles que, mediante pequenos ou grandes gestos, promovem a dignidade do adolescente em conflito com a lei, sujeito detentor de direitos humanos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus professores do Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei, cuja amizade e ensinamentos transcendem inimaginavelmente os contornos da presente dissertação.

Agradeço também à minha família, que, muito mais do que me dar a oportunidade de concluir os estudos, me transmitiu a certeza de que não há dificuldades maiores do que os nossos sonhos acrescidos do necessário empenho.

Por fim, agradeço ao meu orientador, antes conhecido apenas dos livros, a quem hoje, com orgulho, me refiro com bastante carinho e admiração.

Justiça designa uma maneira sempre específica de estabelecer uma relação de equivalência entre coisas necessariamente desiguais, distintas e diferentes, de combinar, portanto, igualdade e desigualdades.

François Ewald

RESUMO

O presente estudo busca discutir a aplicabilidade, aos adolescentes em conflito com a lei, de regras penais e processuais penais destinadas originariamente a pessoas maiores de dezoito anos. Questiona-se, com a finalidade de se conferir ao adolescente, em toda e qualquer situação, um tratamento jurídico que se coadune com os ideais da doutrina da proteção integral, se é possível realizar uma inovadora e sistemática interpretação das normas constantes do ordenamento jurídico brasileiro ou se é caso de se proceder a uma alteração legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por se afastar incertezas no tocante à faceta penal da medida socioeducativa, permite-se um olhar mais cuidadoso no que se refere à consecução dos verdadeiros fins do Estatuto, importando a aplicação de regras jurídicas mais adequadas aos adolescentes responsáveis pela prática de atos infracionais. Utilizando-se do método exploratório-descritivo, com auxílio do método comparativo, permite-se a descrição e compreensão minuciosa da realidade específica do adolescente que se submete à ação socioeducativa, realidade essa explorada não só sob a perspectiva do controle social do Estado, mas também por meio de um estudo comparativo das sanções penais impostas ao adolescente e ao adulto ao longo dos séculos. Através da pesquisa, identificam-se elementos de teoria geral do Direito capazes de subsidiar o debate sobre a possibilidade de uma nova interpretação do ordenamento jurídico em prol do melhor interesse dos adolescentes em conflito com a lei. Nesse contexto, a normatização dos princípios, o diálogo das fontes e o ativismo judicial constituem importantes elementos informadores do processo interpretativo, que abandona definitivamente a suposta segurança/utilidade de uma ultrapassada interpretação meramente legalista. Conclui-se que, independentemente da utilidade de uma reforma legislativa, o efetivo cumprimento dos ideais da doutrina da proteção integral depende de uma interpretação sistêmica do Direito, a qual, sem negar obediência ao devido processo legal (entendido também como garantia de um processo útil, do qual possa emanar uma tutela jurídica adequada), permita a interação de normas penais e processuais penais de diferentes diplomas legais e viabilize, por via de consequência, a concretização de direitos fundamentais do adolescente enquanto sujeito de direitos.

Palavras-Chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito penal juvenil. Garantismo.

ABSTRACT

This study discusses the applicability of penal and procedural rules, originally designed for adults, on adolescents with legal problems. In order to confer the adolescent, under all and any circumstance, a judicial treatment consistent with the ideals of the doctrine of the integral protection, the possibility of having an innovative and systematic interpretation of the norms present in the Brazilian legal system or whether it is advisable to make a legislative alteration in the Child and Adolescent Statute is discussed. Averting uncertainties in relation to the legal nature of the socio-educational measure, one can look at the true goals of the Statute more carefully, focusing on the application of fairer legal rules to adolescents responsible for the practice of illegal acts. By using the exploratory-descriptive method, with the help of the comparative method, one can thoroughly observe, describe and comprehend the specific reality of the adolescent who abides by the socio-educational action. This reality is exploited not only under the perspective of the social control of the State but also by means of a comparative study of legal sanctions imposed on the adolescent and adult through the centuries. Through research, elements of the General Theory of Law capable of guiding the debate on the relevance to or possibility of a new interpretation of the legal system on behalf of the best interests of the adolescents in trouble with the law are observed. In this context, the normative force of principles, the theory of the *dialogue des sources* and the judicial activism make up important informative elements of the interpretation process, which definitely forsakes the so-called safety/use of an outmoded merely legal interpretation. In conclusion, regardless the usefulness of a legislative reform, the effective compliance of the ideals of the doctrine of integral protection depends on a systemic interpretation of the Law which, without denying obedience to the proper legal lawsuit, will allow the interaction of legal and procedural norms of different legal statutes and make, via consequence, the achievement of the adolescent's fundamental rights while a person possible.

Key words: Child and Adolescent Statute. Juvenile Justice System. Theory of penal guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Nº	Número
SEDH	Secretaria Especial de Direitos Humanos
SINASE	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
1	DO DIREITO PENAL.....	15
1.1	Do Surgimento da Sociedade e a necessidade do Direito Penal.....	15
1.2	Evolução do Direito Penal.....	18
1.2.1	Período da vingança.....	19
1.2.2	Escola Clássica.....	20
1.2.3	Escola Cartográfica.....	22
1.2.4	Escola Positivista.....	23
1.2.5	Escola Correccionalista.....	26
1.2.6	Escola de Lyon.....	27
1.2.7	Escolas Ecléticas.....	28
1.2.8	Positivismo Jurídico.....	29
1.2.9	Neokantismo.....	32
1.2.10	Escola de Kiel.....	33
1.2.11	Finalismo.....	34
1.2.12	Funcionalismos.....	36
1.2.13	Características do Direito penal moderno.....	39
1.3	Abolicionismo penal?.....	45
1.4	Finalidades da pena.....	50
2	DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.....	53
2.1	O princípio da igualdade e a discriminação positiva.....	53
2.2	Da indiferença penal à proteção integral: mudanças de paradigma.....	59
2.2.1	Etapa penal indiferenciada.....	60
2.2.2	Etapa Tutelar.....	63
2.2.3	Etapa Garantista.....	69
2.3	A nova principiologia jurídica.....	76
2.4	A natureza do ato infracional e das finalidades da medida socioeducativa.....	82
3	DO DIREITO PENAL JUVENIL.....	92
3.1	Necessidade de concretização do princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei.....	92
3.2	Meios de integração do Direito.....	93
3.3	Teoria do Diálogo das fontes.....	104
3.4	Limitação estatal ao poder de punir adolescentes.....	108
3.4.1	Princípios norteadores do direito penal (juvenil).....	114
3.4.2	Da configuração do ato infracional (tipicidade e ilicitude).....	118
3.4.3	Do pressuposto para a aplicação de medida socioeducativa (culpabilidade).....	122
3.4.4	Da punibilidade do adolescente.....	126
3.4.5	Da aplicação da medida socioeducativa.....	129
3.5	Aspectos processuais e procedimentais: breves apontamentos.....	145
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	160
	REFERÊNCIAS	164
	APÊNDICE	170

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já se passaram duas décadas desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se questiona o quão importante revelaram-se suas normas para afastar paradigmas ultrapassados, que viam na criança e no adolescente não sujeitos de direitos, mas objetos de intervenção da família, da sociedade e do Estado.

Confirmando o modelo garantista adotado pela Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.069/90, alicerçada nos eixos de defesa, de promoção e de controle da efetivação de direitos humanos, mudou o foco das preocupações do Estado: agora, a lógica não é mais a de criação de regras largamente discricionárias e assistencialistas capazes de garantir a todo custo a ordem social, mas sim de elaboração de um conjunto rico de direitos e de garantias, apto à proteção integral de crianças e adolescentes independentemente de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sucedem que essa nova lógica jurídica protetiva ainda encontra obstáculos de implementação no que diz respeito a um grupo determinado de indivíduos. Falo dos adolescentes em conflito com a lei.

Realmente, há grande resistência – não só da sociedade em geral, como também de muitos juristas – na concessão de um tratamento jurídico efetivamente protetivo a esses indivíduos, que, muitas vezes, conforme se irá demonstrar, são tratados como pessoas perigosas ou problemáticas, quando não doentes.

Como consequência disso, insiste-se em agregar aos processos responsáveis pela apuração de atos infracionais um ranço menorista, que se arrima

em noções de periculosidade para galgar metas escusas e inconscientes de institucionalização em massa como forma de garantia da exclusão e do controle social da pobreza.

Para piorar esse quadro, a interpretação meramente legalista do Estatuto impede o adolescente de usufruir direitos e garantias alocados em outros diplomas normativos pátrios, inclusive em sede constitucional.

Normalmente sob a argumentação implícita e falaciosa de que as consequências de um processo socioeducativo representam sempre um *bem* para o socioeducando, vários operadores do Direito, ao rechaçarem a natureza punitiva das medidas socioeducativas, afastam da esfera de incidência do Estatuto a aplicação das garantias de um direito penal mínimo, o que enseja uma situação bastante curiosa, para não se dizer trágica: malgrado a Constituição destine especial proteção a crianças e adolescentes, inclusive adolescentes em conflito com a lei, quando se trata de indivíduos que praticam infrações penais a proteção jurídica do adolescente tem se mostrado ínfima se comparada com aquela que é naturalmente conferida ao adulto, indivíduo não designado pelo texto constitucional como destinatário de um sistema especial de garantias.

Com isso, ao se rejeitar a aplicação de garantias penais e processuais penais aos adolescentes em conflito com a lei, dá-se um ar de legitimidade à imposição de medidas socioeducativas desraigadas das exigências de um sistema garantista, o que se revela inadmissível na seara do Direito penal comum. O que dizer, exemplificativamente, da indeterminação temporal da medida socioeducativa de internação?

Ora, um ordenamento jurídico pautado em ideais de igualdade e de mínima intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos não pode admitir a perpetuação do menoscabo dos direitos de adolescentes, seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento.

Partindo desse panorama, pretende o presente estudo demonstrar que a concessão de um tratamento jurídico adequado a adolescentes em conflito com a lei depende de se lhes destinar todos os direitos e garantias penais e processuais penais constantes de nosso ordenamento jurídico.

Discute-se, nesse contexto, a possibilidade e a pertinência de se empregar um novo método de interpretação normativa, não positivista, capaz de encarar o Direito sistematicamente, como um conjunto de princípios e regras que precisa manter-se harmônico e congruente para que dele se possa extrair uma tutela jurídica plena, devida e adequada, em total consonância com os objetivos de um Estado Democrático e Social de Direito.

Independentemente da conclusão alcançada, com a finalidade de afastar mecanismos interpretativos contrários à concretização dos direitos do adolescente, traz-se no bojo dessa dissertação sugestão de alteração legislativa, a qual pretende inserir expressamente direitos e garantias penais e processuais penais no corpo da Lei nº 8.069/90.

Feitas essas considerações, organiza-se esta dissertação em três capítulos: Do Direito Penal, Do Direito da Infância e da Juventude e Do Direito Penal Juvenil.

O primeiro capítulo explica o surgimento e a evolução da ciência penal através dos tempos, pontuando suas características de acordo com cada etapa evolutiva e até o delineamento do atual modelo de Direito penal, o qual se reveste de um amplo conjunto de garantias responsável por assegurar a intervenção mínima do Estado na liberdade do indivíduo.

O segundo capítulo traz o nascimento, a justificativa e a história evolutiva do Direito da infância e da juventude, identificando o atual modelo jurídico de proteção

de crianças e adolescentes vigente em nosso país. Traça, ainda, uma comparação entre a pena e a medida socioeducativa com vistas a identificar que ambas possuem idênticas finalidades (preventivas, ressocializadoras e, inevitavelmente, retributivas). A constatação do aspecto punitivo da medida socioeducativa prepara o debate acerca da necessidade de incidência, no âmbito de vigência do Estatuto, das garantias penais e processuais inseridas em outras searas do sistema jurídico.

O terceiro capítulo, partindo da verificação de nítidas imbricações entre os sistemas punitivos destinados ao adulto e ao adolescente, discute o dever de o aplicador do Direito guiar-se por uma técnica de interpretação sistêmica e axiológica do ordenamento jurídico, que permita o diálogo de normas penais e processuais penais garantidoras de direitos fundamentais e que seja capaz de assegurar a efetiva e integral proteção do adolescente em conflito com a lei, o qual, sem em nenhum momento perder a sua qualidade de sujeito de direitos destinatário de proteção especial, também é merecedor do tratamento jurídico de um direito penal mínimo.

Por fim, conforme já mencionado, traz-se em apêndice sugestão de alteração legislativa que visa a inserir explicitamente direitos e garantias de natureza penal e processual penal no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Espero que o presente material colabore para a construção de um Direito penal juvenil realmente garantista, construído com base em critérios hermenêuticos totalmente legítimos, consonantes com os avanços do neoconstitucionalismo e privilegiadores da harmonia do sistema e da equidade das decisões judiciais.

1. DO DIREITO PENAL

O presente trabalho versa sobre a incidência de garantias penais e processuais penais em benefício do adolescente em conflito com a lei, ser humano revestido, a partir de 1988, da condição de sujeito de direitos merecedor de uma especial proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

Para que se possa bem compreender as peculiaridades do tema, primeiramente é preciso resolver uma importante questão: existem laços entre pena e medida socioeducativa?

Desde logo, percebe-se que a identificação de uma resposta precisa a tal questionamento pressupõe o estudo minucioso da origem, da justificativa e da evolução do Direito penal.

1.1. Do Surgimento da Sociedade e a necessidade do Direito Penal

Desde que o homem decidiu viver em sociedade existe a necessidade de manutenção da ordem e da paz social.

Realmente, a complexidade das relações sociais faz emergir a necessidade de um conjunto de regras comuns que assegure ao ser humano existência pacífica e digna.

Segundo a teoria do contrato social¹, cada indivíduo aceita tacitamente, ao compor o manto social, a imposição de certos limites a uma parcela de sua liberdade nativa, em benefício da garantia de uma vida tranquila e organizada em sociedade.

¹ Contrato social é a teoria explicativa do surgimento da sociedade que parte do pressuposto de que o homem, vivendo sozinho, porque age como *lobo* (o homem é o lobo do homem), revela pouca ou nenhuma capacidade de sobreviver. Em razão disso, cada indivíduo renuncia tacitamente de uma parcela de sua liberdade em prol de uma existência pacífica comum. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, “[...] Passa-se então do ‘estado de natureza’ para o ‘estado social’, onde a razão supera a paixão. No entanto, para que seja possível a vida em sociedade é imprescindível que o homem

Émile Durkheim desenvolveu seus estudos com base na premissa de que o indivíduo, a partir do momento em que passa a viver em sociedade, é regido não só pela sua própria consciência, mas também e principalmente pela consciência coletiva, que reflete mecanismos e regras que buscam manter os quadros de normalidade indispensáveis à preservação da harmonia social.

Para o autor, o ser humano, enquanto componente da sociedade, vê-se compelido a seguir normas gerais voltadas para o bem comum, exteriores a ele e que se encontram acima de sua vontade.

A sociedade nos ordena porque é exterior e superior a nós. Entre a sociedade e nós existe uma distância moral que transforma aquela em uma autoridade diante da qual se inclina nossa vontade. Mas, por outro lado, amamos e desejamos a sociedade, amamos e desejamos porque ela nos é interior, porque está em nós, porque é, enfim, um pouco de nós mesmos; esse sentimento expressa um desejo *sui generis*, uma vez que, independente do quanto façamos, a sociedade não consegue nunca ser nossa, a não ser em uma ínfima parte pois o domínio que exerce sobre nós é infinito. Pode-se compreender, finalmente, partindo desse mesmo ponto de vista, o caráter sagrado que as coisas morais tiveram sempre. E ainda possuem, caráter que constitui uma verdadeira religiosidade sem a qual não seria possível a existência da ética (DURKHEIM, 1994, p. 87. Grifos do autor).

Essas normas, dotadas de generalidade, coercitividade e exterioridade, correspondem aos chamados fatos sociais. E são exemplos de fatos sociais as regras jurídicas.

Nas palavras de Paulo Nader,

O Direito está em função da vida social. A sua finalidade é a de favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade. Ao separar o lícito do ilícito, segundo valores de convivência que a própria sociedade elege, o ordenamento jurídico torna possíveis os nexos de *cooperação*, e disciplina a *competição*, estabelecendo as limitações necessárias ao equilíbrio e à justiça nas relações (2003, p. 25. Grifos do autor).

Por esse prisma, da necessidade de regulamentação da vida social surge a ciência do Direito, que é conceituada por Miguel Reale como “a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana” (2002, p. 49). Ordenação, porque implica a construção de uma sistemática organizada de regras jurídicas; heterônoma, porque a obediência dessas regras deve ocorrer independentemente do desejo, isto é, da autonomia de vontade do indivíduo, que tacitamente se obriga a cumpri-las; coercível, porque o não cumprimento dessas regras jurídicas autoriza o acionamento de mecanismos que compelem o cidadão ao seu cumprimento forçado.

Cercam, pois, o ser humano diversas regras coercíveis de conduta, dentre elas as regras jurídicas que, no nosso ordenamento, restaram eleitas direta ou indiretamente pela sociedade porquanto compreendidas como indispensáveis à manutenção da harmonia social.

A depender da espécie e do grau de intervenção necessários para rechaçar os comportamentos que afetam os interesses da sociedade, aplica-se ao caso concreto uma regra jurídica de natureza distinta. Nesse sentido, vê-se que o Direito reservou à tutela dos bens jurídicos mais significativos para o homem, cuja violação gera maior clamor social, as normas de natureza penal, que obedecem aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, a serem estudados mais à frente.

No dizer de Luiz Flávio Gomes:

Pode-se definir o Direito Penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo (2009, p. 24).

Surge, assim, o Direito penal, conjunto de princípios e de regras por meio do qual o Estado, no exercício do seu poder de punir e objetivando o resguardo de bens

jurídicos relevantes em prol da manutenção da ordem social, interfere minimamente na liberdade dos indivíduos de modo a satisfatoriamente proibir determinadas condutas e estabelecer as consequências jurídicas a serem imputadas às pessoas que as tenham praticado de forma voluntária e em contrariedade ao ordenamento jurídico vigente.

1.2 Evolução do Direito Penal

Cumprido, neste momento, desenvolver um breve histórico acerca da evolução do Direito penal.

Destaca-se a importância dessa construção histórica para fins de se identificar, em páginas futuras, eventuais semelhanças entre penas e medidas socioeducativas.

Não é tarefa fácil organizar cronologicamente os pensamentos e ideologias que regeram as regras penais desde os primórdios da civilização. Seria demasiadamente leviano pensar que o conhecimento da humanidade no tocante aos saberes penais se desenvolveu por meio de uma marcha crescente e organizada de processos políticos e sociais que se projetaram necessariamente no sentido de uma evolução.

Embora não se possa falar de uma continuidade histórica do direito penal, pode reconhecer-se na sua história uma luta da qual vai surgindo, arduamente, a concepção do homem como pessoa, isto é, como um ser dotado de autonomia moral. Esse conceito não surge de um só golpe e tampouco de forma progressiva ininterrupta, mas se gesta em uma sucessão de marchas e contramarchas, cuja origem se perde no terreno da paleontologia e da antropologia cultural, cujo desenvolvimento continua até nossos dias, em que a luta segue talvez mais escarniçada do que nunca [...] (ZAFFARONI, 2009, p. 158).

Houve, assim, avanços e retrocessos, teorias lógicas e menos lógicas, posicionamentos garantistas e autoritários – tudo isso ocorrendo simultaneamente e em diversas partes do globo, sob a influência de elementos sociais e culturais totalmente distintos.

1.2.1. Período da vingança

Quando o homem ainda vivia em tribos, as regras de conduta baseavam-se na moral, nos costumes e nas crenças que vigiam à época (fatos sociais diversos das regras jurídicas). Não havia proibições certas, tampouco limites para a imposição de sanções para aqueles que eventualmente praticassem condutas consideradas contrárias aos interesses dos grupos.

Trata-se do chamado Período da Vingança, que perdurou até meados do século XVIII. Alguns autores subdividem esse período em três fases distintas: vingança privada (caracterizada pela vingança que o próprio indivíduo lesado perpetrava contra o causador do mal que lhe havia acometido); vingança divina (período em que as punições eram impostas pelos sacerdotes e com a finalidade de satisfazer a divindade ofendida pela conduta proibida); e vingança pública (na qual competia ao monarca imputar as sanções devidas, objetivando a proteção da sua própria posição de autoridade pública).

Todas essas fases, que em muitos pontos se confundem, caracterizaram-se por punições violentas, cruéis e desmedidas, nitidamente vingativas, atingindo muitas vezes não só o responsável pela conduta reprovada, mas também a sua família.

[...] Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas ('totem') encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por 'tabu', que, não obedecidas, acarretavam castigo (MIRABETE, 2005, p. 35).

Houve dois importantes limites à imposição das punições nesse período: o talião, que assegurava ao condenado que não lhe seria imposto mal superior àquele por ele praticado; e a composição, que permitia ao acusado comprar a sua liberdade, esquivando-se, assim, das penas corporais. Independentemente disso, as punições ainda desproporcionais eram impostas pela própria sociedade ou, como se costuma dizer, pelas próprias mãos.

1.2.2 Escola Clássica

Com a chegada do Iluminismo, mentes pensantes, visando a rechaçar a barbárie que atingia os criminosos, passaram a pregar por um mínimo de previsibilidade e humanidade das punições. Fala-se, aqui, no Período Humanitário (1750 a 1850), liderado por estudiosos do calibre de Beccaria, D'Alembert, Locke, Montesquieu, Rosseau e Voltaire.

Nesse período, lutando-se contra o absolutismo estatal, propugnou-se pela proibição da pena de morte e de qualquer tratamento cruel ou desumano, pregando-se a materialização de princípios como os da legalidade, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da presunção de inocência e da humanidade das penas. Iniciou-se um processo de prisionização² em substituição às penas de morte e corporais³.

Nas palavras de Beccaria:

[...] ainda que a atrocidade das penas não merecesse a reprovação da filosofia, que é a mãe das virtudes benéficas e, por esse motivo, esclarecida, que prefere governar homens felizes e livres a dominar, de modo covarde, um rebanho de tímidos escravos; ainda que os castigos crueis não se opusessem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e a natureza mesma do contrato social (2003, p. 20/21).

O Período Humanitário desenvolveu muitas de suas premissas com base nos conceitos trazidos pelo Direito Natural⁴, que afirma preexistir às regras jurídicas uma ordem metafísica, eterna e imutável, guiada pelos valores de dignidade e de justiça. Assim, pouco importava o que dizia a lei dos homens; não mais se podia admitir a

² Zaffaroni fundamenta esse processo de prisionização na teoria do contrato social: "Se a própria sociedade é estabelecida mediante um contrato, o homem que pretende alcançar a riqueza por uma via não autorizada por aquele viola aquilo que o contrato preceitua. Qual é a sanção para quem viola um contrato? Uma reparação, uma indenização. Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato, é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens da massa criminalizada por esse controle social nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer ao mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Daí surge a ideologia que faz da privação de liberdade uma pena, que até então havia sido apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos de prisão preventiva) durante o processo, pois as penas eram corporais" (2009, p. 229).

³ No caminho evolutivo das penas, nota-se que esse movimento de prisionização hoje é substituído por uma tendência à imposição de penas alternativas, não privativas de liberdade.

⁴ Vale anotar ser o Direito Natural fonte dos princípios gerais do Direito hodierno.

barbárie, porque contrária aos valores centrais de preservação e de proteção do ser humano.

Ferri nomeou de Escola Clássica (método abstrato) o conjunto de trabalhos e estudos penais desenvolvidos no período humanitário. Com base nas ideias do Direito Natural, foram estruturados os pensamentos de autores como Feuerbach, Romagnosi, Kant, Carrara e Beccaria. É nessa época que se desenvolve a ciência penal, surgindo, a partir daí, os primeiros códigos que tratam da matéria.

O crime, nesse momento, é entendido como um ente jurídico abstrato. Isso porque a noção de crime, dirigida igualmente a toda a sociedade, deriva de forma direta do ordenamento jurídico: “O crime é um fato em que se viola a tutela do Estado, infringindo a lei e, portanto, passa a ser um ‘ente jurídico’” (MIRABETE, 2005, p. 39).

Aqui, parte-se da premissa de que todo crime praticado por pessoa imputável merece ser punido, já que a sanção nada mais é do que consequência concreta da prática de um ato humano livre culpável (natureza retributiva da pena). Aos inimputáveis, portanto, não se pode impor responsabilização penal, tratando-se de não dotados de livre arbítrio. Nesse sentido, fala-se em responsabilização moral – não mais se justifica punir sob a justificativa do comando de forças divinas; deve-se, agora, fundamentar a punição na conduta livre e proibida do indivíduo.

Tem a pena, assim, como fundamento o livre arbítrio: o homem são, que é livre e igual, se autodetermina em direção à prática do crime e, por isso, deve ser punido. Como nos ensina Luiz Flávio Gomes, “qualquer homem pode chegar a atuar criminosamente, é um delinquente em potencial, porque é livre” (2009, p. 84).

Cumprir destacar, contudo, que as regras humanitárias trazidas pela Escola Clássica tinham incidência apenas formal, ou seja, não alcançavam a todos. Na prática, o Direito penal, nessa época, funcionava como mecanismo de garantia das liberdades dos abonados.

1.2.3 Escola Cartográfica

Segue-se, então, para o Período Científico, influenciado pelos avanços científicos do final do século XVIII e início do século XIX. Pode ser citada, a título exemplificativo, a influência dos estudos de Darwin, Lamarck e Augusto Comte.

O processo de urbanização decorrente da revolução industrial gerou modificações sociais drásticas, acarretando um acentuado desequilíbrio das condições e expectativas sociais da população e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade⁵.

A partir de então, operou-se uma mudança de foco do Direito penal: a preocupação primeira dos estudiosos da ciência criminal deixou de ser o resguardo dos Direitos naturais do homem; buscava-se, nesse momento histórico, acima de tudo, explicar o fenômeno criminológico em busca de uma solução para os novos problemas sociais.

Surge a Escola Cartográfica, que vê o crime como um fenômeno social que precisa ser estudado, não por meio da análise da conduta individual de cada infrator, mas através das estatísticas.

Segundo Luiz Flávio Gomes,

O delinquente concreto, com sua eventual decisão, não altera em termos estatisticamente significativos o volume ou a estrutura da criminalidade. A liberdade individual, assim, é um problema psicológico, subjetivo, sem transcendência estatística (2009, p. 87).

Em decorrência da filosofia determinista, a partir desse momento o delito passa a ser encarado como um fenômeno humano diretamente relacionado a causas que podem ser cientificamente identificadas pelo homem. Não mais se fala nos limites de uma ordem metafísica preexistente; as leis naturais agora se baseiam na ordem física ou social. A realidade, nesse momento, tem como limite os fatos da sociedade.

⁵ Nas palavras de Jorge Broide, “a radicalização da competitividade empurra o sujeito ao desamparo que não é mais motor do encontro com outro, para mudança do mundo individual e do entorno social e gerar frustração e dor. Ao contrário, a sobrevivência, diante do desamparo vivido por modelo competitivo, é aniquilação do outro. É possibilidade real de ser aniquilado que move o sistema” (2009, p. 53/54).

1.2.4 Escola Positivista

Com o Período Científico nasceu a Escola Positivista (método empírico), encabeçada por estudiosos como Lombroso, Ferri e Garófalo.

A maior preocupação dos positivistas também não se ligava à severidade ou desumanidade das penas, como ocorria na Escola Clássica. Aqui, o cerne das inquietudes voltava-se ao estudo biológico do delincente⁶ e das suas relações causais com o delito. O crime se reveste da qualidade de fato humano decorrente de fatores biológicos e sociais.

Os clássicos lutaram contra o castigo, contra a irracionalidade do sistema penal do 'antigo regime'; já a missão histórica do positivismo seria lutar contra o delito, por meio de um conhecimento científico de suas causas ('vere scire est per causas scire'), com a finalidade de proteger a ordem social, aliás, mais precisamente a nova ordem social da nascente sociedade burguesa industrial (GOMES, 2009, p. 88).

A Escola Positivista, de uma maneira geral, balizou-se no pensamento filosófico idealista, que parte do pressuposto de que a realidade não corresponde àquilo que está à nossa volta, mas sim às ideias que representam o mundo que conhecemos. A realidade, assim, é produto do sujeito que a representa, sendo, pois, subjetiva⁷.

Com base nesse pensamento, passa-se entender que apenas aqueles que conhecem as ideias são os detentores da verdade e, justamente por serem dotados desse conhecimento, são os únicos capazes de ditar as regras da sociedade e de, ao mesmo tempo, delas se esquivar. Nas palavras de Zaffaroni,

[...] o que é delito para os que 'não sabem' não pode sê-lo para os que 'sabem', precisamente porque seu 'saber' não lhes permitirá atuar mal (intelectualismo: aquele que conhece o bem não pode querer o mal) (2009, p. 214).

⁶ Neste capítulo, utilizar-se-ão expressões como 'criminoso' e 'delincente' não com fins pejorativos, mas para melhor retratar o pensamento dos estudiosos de cada época.

⁷ Marilena Chauí diferencia realismo de idealismo da seguinte forma: "O realismo afirma que, se eliminarmos o sujeito ou a consciência, restam as coisas em si mesmas, a realidade verdadeira, o ser em si. O idealismo, ao contrário, afirma que se eliminarmos as coisas ou o *nôumeno*, resta a consciência ou o sujeito que, por meio das operações do conhecimento, revela a realidade, o objeto" (2003, p. 206. Grifos da autora).

Esse entendimento dá azo à visualização, dentro de uma sociedade, de dois grupos humanos bastante distintos: de um lado, os detentores da verdade, integrantes da casta social e intocáveis pelas leis penais; de outro, os que nada sabem, derivados das camadas sociais menos favorecidas e determinados à prática de delitos⁸. E, em decorrência dessa presunção de potencial delinquência futura, para a garantia da ordem social, tornou-se necessária a adoção de penas com o escopo de prevenção, não só geral – no sentido de intimidação – mas, principalmente, especial - no sentido de enclausuramento e reeducação, com vistas a se evitar a reincidência. Isso porque, se se entendia que a prática de ilícitos não decorria da vontade livre dos seus agentes (mas sim de fatores sociais e biológicos), os criminosos não deveriam ser punidos (a pena não mais deveria ter finalidade retributiva), senão reeducados por intermédio de medidas de segurança que vigeriam indeterminadamente, pelo tempo necessário para o atingimento de uma suposta cura.

Nesse contexto, em nome da segurança coletiva, procedeu-se a uma (retrógrada) tendência de indeterminação das sanções e de substituição das penas por medidas de segurança.

Com efeito, diferentemente da Escola Clássica, que encarava o criminoso como ser humano normal dotado de livre arbítrio, a Escola Positivista via no agente de um crime um indivíduo patológico, um animal atávico preordenado pela sua genética a delinquir (princípio da diversidade do homem delinquente).

Determinado à prática do crime, o potencial criminoso, desprovido de qualquer vestígio de comportamento livre, não seria punido por crime anterior, mas sim ressocializado por tempo indeterminado (até o término da periculosidade), prevenindo-se a prática de futuros ilícitos por esse indivíduo. Aqui, a medida aplicada servia não para punir um crime anteriormente praticado, mas para evitar “o perigo objetivo que se pode esperar do delinquente no futuro” (cf. GOMES, 2007, p. 702).

⁸ Para Zaffaroni, “[...]o idealismo leva a que os que ‘sabem’ (os que têm acesso às ‘ideias’) sejam os únicos donos da ‘verdade’ e, portanto, sejam os únicos com ‘direito’ a mandar nos pobres ‘cegos’, que estão nas trevas por não ter acesso às ideias” (2009, p. 214).

Tem início, no período positivista, a ideia de que o criminoso tem uma predisposição orgânica à prática de delitos, sendo, por isso, os pensamentos reinantes à época denominados de organicistas⁹.

Assim, o criminoso passou a ser estudado como fenômeno biológico. Os positivistas não acreditavam no livre arbítrio, de modo que a criminalidade refletia um estado de anormalidade do ser humano, que merecia ser estudado. Surge, com Lombroso, o conceito de criminoso nato (todo ser humano dotado de determinadas características físicas teria maior propensão às práticas criminosas).

Para Ferri, além de ser produto da patologia individual, o crime também configura resultado de outros fatores, tais como físicos e sociais. Ferri defende que pouco importa se o criminoso é doente ou não; deverá, de qualquer forma, ser educado, já que vive em sociedade e é da natureza dessa sociedade defender-se dele¹⁰.

Como se entendia que os criminosos estavam determinados à delinquência, não mais se poderia falar em responsabilidade moral ou individual; esse fundamento de responsabilização do indivíduo cedia espaço à sua responsabilidade social, já que o criminoso delinquia não em razão de seu livre arbítrio, mas porque a sociedade o conduzia ao comportamento proibido. Havia, pois, uma situação de presunção de delinquência autorizada por lei.

⁹ No dizer de Ferrajoli, “[...] doutrinas e legislações penais de tipo propriamente correccional desenvolveram-se, por sua vez, somente na segunda metade do século XIX, paralelamente à discussão de discussões organicistas do corpo social, são ou doente, sobre o qual são chamadas a exercitar o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. E é a esta altura que o projeto iluminista puramente humanitário do *punir menos* converte-se naquele disciplinar e tecnológico do *punir melhor*. O projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correccionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* da reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados” (2002, p. 213. Grifos do autor).

¹⁰ Segundo Zaffaroni, “Para Ferri, a responsabilidade penal derivava do mero fato de se viver em sociedade, e o fim do direito penal era a *defesa social* (com o que retoma velhos argumentos de Romagnosi e Grolman). *Frente ao homem que está determinado ao delito, a sociedade está determinada a defender-se*” (2009, p. 259. Grifos do autor).

Enquanto Lombroso e Ferri criam na finalidade preventiva da pena, Garófalo acreditava na punição como forma de higienização social, isto é, de expurgação do seio social dos criminosos tidos como irrecuperáveis, chegando a defender o emprego da pena de morte.

Garófalo sustentava que há dois sentimentos básicos, os de piedade e probidade (ou justiça), que se vão desenvolvendo de maneira a tornarem-se cada vez mais delicados e finos. Afirmava que esses sentimentos encontram-se subjacentes a todas as modalidades históricas e que o delito sempre é uma lesão a eles. Como consequência disso, constroi uma classificação 'natural' dos delitos, segundo lesionem um ou outro desses sentimentos e, desenvolvendo sua teoria a partir deste dogma, conclui que os homens deles carecedores devem ser expulsos da sociedade, o que lembra um pouco a 'perda da paz' dos Germânicos [...]. Em Garófalo encontramos todos os argumentos que haviam de ser usados pelos totalitarismos e autoritarismos. Sua *Criminologia* é quase um livro de leitura obrigatória, pois é o mais completo manual de racionalizações às violações dos Direitos Humanos que já foi escrito até o momento (ZAFFARONI, 2009, p. 262/263. Grifos do autor).

Note-se que a função do juiz passou a ser atribuída também aos médicos, sociólogos e psicólogos, que, objetivando a prevenção da prática de eventual ilícito por parte de um criminoso em potencial e, em última instância, a preservação da ordem social, eram os responsáveis por antever quem seriam os responsáveis por futuros comportamentos criminosos.

Diante disso, fica fácil perceber que vigorou no período da Escola Positivista o denominado Direito penal do autor, que pune pessoas, não fatos¹¹. Com efeito, nesse período o Direito penal era acionado para sancionar pessoas que possuíam determinadas características físicas ou socioeconômicas, independentemente da prática concreta de fatos criminosos.

1.2.5 Escola Correccionalista

Como forma de evolução desse positivismo italiano, sobreveio, na Espanha, a denominada Escola Correccionalista, liderada por Dorado Montero, entendido como um dos mais coerentes positivistas.

¹¹ Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, "Ninguém pode ser punido pelo que pensa (mera cogitação) ou pelo modo de viver. Só responde penalmente quem realiza um fato (Direito penal do fato); está proibido punir alguém pelo seu estilo de vida (leia-se: está vedado o chamado Direito penal do autor, que pune o sujeito não pelo que ele fez, sim, pelo que é" (2009, p. 303).

Montero vê o crime como uma criação política da sociedade. Essa conceituação, contudo, não dava à sociedade o direito de se defender do criminoso, que, doente, continuava predeterminado a delinquir. Cabia a ela, diferentemente, o dever de educá-lo.

[...] já que a sociedade quer proibir determinadas condutas, e os homens não são livres, mas determinados para realizá-las, devem eles ser corrigidos para não incorrer nelas, sendo este um direito dos homens que vivem em sociedade e não da sociedade em si. Daí o nome com que é conhecida a sua teoria: 'o direito protetor dos criminosos' (ZAFFARONI, 2008, p. 265).

A punição imposta ao criminoso, nessa perspectiva, revela novo significado: o de tratamento, de cura. Diante disso, não mais subsiste o princípio da legalidade – a previsão legal específica dos crimes perde a sua utilidade quando a pena, em última análise, é vista como benéfica ao acusado.

1.2.6 Escola de Lyon

Na França, a Escola de Lyon entende que o criminoso reflete o resultado do ambiente em que vive. Indivíduos com tendência criminosa, uma vez inseridos em um ambiente propício a práticas proibidas, fatalmente delinquem.

A tese fundamental da Escola de Lyon é a seguinte: o criminoso é, como o micróbio ou o vírus, algo inócuo, até que o adequado ambiente o faz eclodir. O meio social desempenha papel relevante e junta-se com a predisposição criminal individual latente em certas pessoas. Em outras palavras: a predisposição pessoal e o meio social fazem o criminoso (GOMES, 2009, p. 100).

Para Gabriel Tarde, a criminalidade revela-se um fenômeno social orientado pela imitação: o ser humano, mormente por razões de falta de fé cristã ou por necessidades econômicas ou capitalistas, reproduz comportamentos criminosos constatados na sociedade, aprendendo com ela a delinquir. Haveria, assim, uma profissionalização do crime.

A explicação sociológica de Tarde tem uma particular conotação psicológica, que lhe caracteriza como precursor da teoria da aprendizagem de Sutherland. Para Tarde, o delinquente é um tipo profissional, que necessita de um longo período de aprendizagem, como os médicos, advogados e outros profissionais, em um meio particular: o criminal, e de particulares técnicas de intercomunicação e convivência com seus camaradas. A célebre frase que se atribui a Tarde (“Todo mundo é culpável, exceto o criminoso”) reflete não só a crítica ao positivismo antropológico, senão a convicção de que a sociedade, ao propagar suas ideias e valores, influi mais

eficazmente no comportamento delitivo que o clima, a hereditariedade, a enfermidade corporal ou a epilepsia (GOMES, 2002, p. 208).

A pena, aqui, tem finalidade preventiva, pois busca evitar que o indivíduo imite comportamentos proibidos.

1.2.7 Escolas Ecléticas

De debates travados entre as Escolas Clássica e Positivista surgiram Escolas Ecléticas, caracterizadas pela combinação dos estudos das duas anteriores. Destacaram-se a Terceira Escola Italiana, a Escola de Marburgo e a Escola da Defesa Social.

A Terceira Escola Italiana, também denominada de Positivismo Crítico (Cavernale, Alimena, Ipallomeni), trabalhava tanto com o método abstrato, natural da Escola Clássica, quanto com o método empírico, natural da Escola Positiva. Nessa escola, o delito deixou de ser apenas um ente jurídico para se tornar um fato individual e social fruto de um complexo conjunto de fatores endógenos e exógenos.

Com a rejeição da teoria do criminoso nato de Lombroso, passou-se a reconhecer a responsabilidade moral do ser humano – não com base no livre arbítrio, contudo; a responsabilidade criminal funda-se no juízo de realidade do indivíduo (determinismo psicológico). A pena possui finalidade não só retributiva, mas também preventiva e ressocializante. Juntamente com as penas são aplicadas medidas de segurança.

Para a Escola de Marburgo, Jovem Escola ou Positivismo Jurídico Sociológico (Von Liszt, Van Hommel, Prins), delito é um fenômeno natural e jurídico. Pretende-se um enfoque garantista e totalizante do Direito penal, que deve ser estudado conjuntamente com a criminologia. Os pensadores dessa escola não acreditam no livre arbítrio – embora entendam que o homem detenha certo grau de liberdade psíquica – nem na teoria do criminoso nato. Aqui, a responsabilidade moral é substituída pela ideia de estado perigoso acrescida da análise do meio no qual o indivíduo se encontra inserido. A punição tem caráter híbrido, já que, além da

retribuição, busca a defesa social e apresenta caráter finalista. Ao criminoso também são aplicáveis penas e medidas de segurança.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, a escola desenha uma pena que “[...] não seja mero castigo e que se ajuste melhor à fase atual da evolução biológica da espécie humana, tese claramente influenciada pelas concepções evolucionistas” (GOMES, 2009, p. 110).

A Escola da Defesa Social ou Nova Defesa Social (Gramatica, Marc Ancel) entende ser função do Direito penal, juntamente com a Criminologia e a Política Criminal, defender a sociedade de seus criminosos, que deveriam ser destinatários de um tratamento ressocializador de índole humanitária.

Aqui, o delinquente não era visto como o pecador dos clássicos, nem como o animal atávico dos positivistas, mas tão-somente como um ser humano necessitado de um tratamento educativo. Nesse momento, chega-se a negar o direito de punir do Estado, afirmando-se que a pena não é retributiva – já que possui puro aspecto ressocializante.

A pena consubstancia-se em uma medida de defesa social capaz de curar personalidades delitivas: “[...] não aplicar ‘penas’ em função do ‘delito’ cometido, senão aplicar ‘medidas’ de defesa social, preventivas, educativas e curativas de acordo com a ‘personalidade’ do criminoso (antissocialidade subjetiva)” (GOMES, 2009, p. 111).

1.2.8 Positivismo Jurídico

Nem a Escola Clássica, que fundava seus estudos no Direito Natural, nem a Escola Positivista, que se utilizava de estudos de ciências como Antropologia, Sociologia, Psiquiatria e Estatística, nem as escolas ecléticas, que corresponderam à somatória das características das duas primeiras escolas foram capazes de dar autonomia ao Direito penal.

No primeiro caso (no tempo dos clássicos), o ‘objeto da ciência do Direito se trasladava ao mundo ideal, ao Direito natural. No segundo, ao mundo empírico, à realidade não jurídica, sim, meta-jurídica. A consequência, em ambos os enfoques, seria muito

semelhante: o Direito positivo não era o objeto de estudo. Faltava, ademais, uma metodologia apropriada às características singulares das ciências jurídicas (GOMES, 2009, p. 116/117).

Foi só com o positivismo jurídico de Rocco e de Binding que o Direito penal se desarraigou das ciências sociais, passando a ter como objeto de estudo a norma, o direito posto. A partir do positivismo jurídico, que ficou conhecido como Escola Técnico-jurídica, o Direito penal passou a se fundar em conceitos jurídicos ao invés dos conceitos das ciências naturais (como ocorria no positivismo científico). O referido sistema, como o seu próprio nome induz, tem, como objeto, o direito positivo e, como fundamento, o chamado método técnico-jurídico, que corresponde à soma dos métodos indutivo e dedutivo.

Surge, nesse momento, a primeira teoria do delito, denominada causalista, segundo a qual a tipicidade¹² e a antijuridicidade¹³ revestiam-se apenas de elementos objetivos (isto é, perceptíveis a olho nu), não dependendo, a sua configuração, da verificação de elementos subjetivos (que exigem finalidade específica do agente) ou normativos (que exigem juízo valorativo do julgador). Já a culpabilidade¹⁴ revestia-se de elementos tão-somente subjetivos (porquanto composta de dolo e culpa).

Recupera força o princípio da legalidade de Feunerbach, anteriormente delineado por Beccaria: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. A pena volta a ter finalidade estritamente retributiva, sendo vista como consequência do descumprimento do mandato trazido pelo texto da norma jurídica.

A exigência de validade formal do Direito não repercute efeitos no tocante ao conteúdo das normas que, muitas vezes, permanece ilegítimo.

¹² Tipo penal corresponde à conduta humana descrita em uma lei específica como crime ou contravenção penal.

¹³ Antijurídico é o comportamento humano típico contrário ao Direito. Para que um ato seja criminoso, ele deve ser típico e antijurídico.

¹⁴ A culpabilidade diz respeito a um juízo de reprovabilidade do criminoso, recaindo sobre o agente do fato, e não sobre o crime em si, motivo pelo qual se entende não constituir ele substrato analítico do crime, mas sim pressuposto para a aplicação de pena (teoria bipartite).

O positivismo jurídico, alicerçado em valores reconhecidos pelo chamado Estado Legal de Direito de Hans Kelsen, renega valor a todo e qualquer elemento metajurídico no momento de subsunção do fato criminoso à norma penal: o juiz se torna boca da lei (*la bouche da la loi*) e é seu dever aplicá-la, sem realizar qualquer espécie de juízo de valoração (*dura lex, sed lex*).

Para Marinoni,

Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concluiu com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios. O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais – o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito –, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo (2008, p. 51).

Surge uma necessidade de confiança cega na racionalidade do Poder Legislativo, que tem liberdade para inserir nas leis o conteúdo que desejar. Tudo que se tem é a garantia de um Direito formal, de modo que o conteúdo normativo depende do bom senso do legislador.

O Direito positivo estuda-se em si mesmo, separado do resto da legalidade, isolado desta, como se fosse uma realidade independente. Com o que acaba por se transformar em um formalismo normativista, que se ocupa exclusivamente da norma, afastando-se o jurista (completamente) do social e do valorativo [...] (GOMES, 2009, p. 121).

[...] Assim como o positivismo naturalista é o culto ao fato, o positivismo jurídico pode ser definido como o culto ao fato 'no jurídico', isto é, considerando que o 'fato', no jurídico, são as leis (as leis positivas). O único direito e toda a sua base de interpretação são as leis, a letra da lei (ZAFFARONI, 2010, p. 266).

Com o passar do tempo, percebeu-se que o positivismo jurídico, embora dotado de impressionante rigor científico, revestia-se de um formalismo excessivo, que o tornava incapaz de atender às necessidades da sociedade. De fato, verificou-

se não ser possível alcançar os desideratos do Direito penal (e dos demais ramos da ciência jurídica) por meio da negação de valores extrajurídicos.

O formalismo a que chegou o Estado de Direito legal contaminou (e corroe) seriamente as suas bases: o Legislativo passou a produzir uma enxurrada de leis sem se preocupar com a compatibilidade entre o seu conteúdo e a Constituição, o Executivo passou a governar sem nenhuma preocupação com a razoabilidade e o Judiciário legalista aplica o texto da lei sem se preocupar com o valor justiça. O Direito (legalista) deixou de ser a garantia (ou a plena garantia) dos direitos (GOMES, 2008, p. 19).

Surgem, então, correntes neokantianas embasadas nos princípios do jusnaturalismo, que se preocupa não só com a validade formal e a eficácia social do Direito, senão também com a sua pretensão de correção substancial, isto é, com o seu conteúdo de justiça.

1.2.9 Neokantismo

Com o neokantismo (Stammler, Kask, Radbruch, Sauer), a atuação do jurista passa a ancorar-se em seu subjetivismo epistemológico. Resgatando-se a teoria dos valores de Kant, leva-se em consideração não mais apenas o formalismo frio da lei - passa a ser dever do jurista interpretá-la diante do caso concreto (o juiz se torna a boca do direito prudente).

A partir desse momento, conta-se que a lei não é um fim em si mesma, mas mero instrumento para o alcance de um fim, fim este que deve se coadunar com valores do Direito e com as regras da Moral, as quais, para Marilena Chauí (2003, p. 307), compreendem um conjunto de juízos de valor aceitos e defendidos por um segmento social em um determinado espaço de tempo¹⁵.

¹⁵ Visando a conceituar os juízos de valor caracterizadores da conduta moral, a filósofa os diferencia de meros juízos de fato. Seguindo o seu raciocínio, os juízos de fato limitam-se a descrever as coisas, de modo a possibilitar a definição de sua essência, do seu *ser*, ao passo que os juízos de valor, além de proceder à sua descrição, atribuem valores, qualidades e adjetivos às coisas, de modo a posicioná-las no mundo do *dever ser*. Nas palavras da autora, "Juízos de valor não se contentam em dizer o que algo é ou como algo é, mas se referem ao que algo deve ser. Dessa perspectiva, os juízos morais de valor são *normativos*, isto é, enunciam normas que dizem como devem ser os bons sentimentos, as boas intenções e as boas ações, e como devem ser as decisões e ações livres. Em outras palavras, são normas que determinam o *dever ser* de nossos sentimentos, nossos atos, nossos comportamentos. São por isso juízos que enunciam obrigações e avaliam intenções e ações segundo o critério do correto e do incorreto" (2003, p. 307. Grifos do autor).

Há uma reaproximação entre o Direito e a sociedade e, conseqüentemente, um resgate dos valores morais para fins de aplicação da ciência jurídica. Fala-se, por isso, na ocorrência de um giro kantiano que nos permite a revalorização da atuação ética e a conseqüente proteção da dignidade da pessoa humana – esta sim configura um fim em si mesmo.

Com o neokantismo, tipicidade não mais se configura com a simples constatação da prática da conduta humana descrita abstratamente no tipo penal; imprescindível se torna, para que essa conduta seja típica, que ela seja valorada negativamente pelo legislador. A antijuridicidade, na mesma linha, também deixa de ser meramente formal (ou seja, deixa de ser mera contradição do fato ao conteúdo normativo), exigindo-se, para a sua configuração, a ocorrência de lesão a um bem jurídico. A culpabilidade, além de psicológica (por envolver a análise de dolo e de culpa), passou também a ser normativa, isto é, a depender de um juízo de valoração do magistrado.

1.2.10. Escola de Kiel

Buscando alcançar ideais do dever ser, o neokantismo, em razão de seu subjetivismo exagerado, se distanciou do mundo do ser, fazendo emergir soluções abstratas, distantes da realidade concreta. Ademais, o neokantismo não foi capaz de se desvencilhar totalmente do exacerbado formalismo do positivismo jurídico, tendo funcionado mais como uma teoria complementar desse positivismo. No dizer de Luiz Flávio Gomes, “uma concepção ‘neutralista’ (teoria causal ou causal-naturalista) e outra ‘valorativa’ (teoria neokantiana) dificilmente podem ser harmonizadas” (GOMES, 2009, p. 128/129).

O subjetivismo exorbitante do neokantismo e o formalismo descomunal do positivismo jurídico levaram ao surgimento da Escola de Kiel (Dahm, Shaffstein), que, orientada por um método intuitivo, foi a responsável por fundamentar o ignóbil Direito penal nazista¹⁶.

¹⁶ Conforme evidencia Elizabeth Roudinesco, “Essa cesura, que faz de Auschwitz um acontecimento único, decorre do fato de que o extermínio dos judeus não servia a nenhum outro propósito senão satisfazer um ódio perverso, patológico, paranóico até contra o judeu enquanto ser excluído do mundo humano. Nenhuma outra razão esteve na origem desse projeto: nem a eliminação de um inimigo, nem a conquista de um território, nem a subjugação de um povo, nem mesmo o desejo de

A máxima expressão dessa deturpada visão ocorreu com o nazismo, que por meio da denominada Escola de Kiel pugnou por um irracional Direito penal de autor (pune-se o agente pelo que é, não pelo que fez). Suas leis defendiam a pureza da raça; qualquer delito constitui um ataque ao sã sentimento do povo alemão; os julgamentos devem ser feitos pelos tribunais do povo (tribunais populares) e se eliminou o princípio da legalidade, consagrando-se a analogia *in malam partem*. Confunde-se o crime com o pecado, pena com medida de segurança etc. Do 'nenhuma pena sem lei' passa-se para 'nenhum delito – ou fato assemelhado – sem pena' (GOMES, 2008, p. 125/126. Grifos do autor).

Essa Escola estilhaçou direitos e garantias fundamentais, admitiu crimes por analogia e perseguiu pessoas ao invés de crimes, consagrando um aviltante quadro de Direito penal do autor.

1.211. Finalismo

Visando a rechaçar os excessos do subjetivismo valorativo neokantista e do formalismo positivista, Welzel desenvolveu uma nova teoria para o Direito penal: o finalismo, doutrina que impõe a observância, pelo legislador, de determinadas premissas lógico-objetivas inspiradas em correntes filosóficas ontologistas, que funcionam como verdadeiros limites punitivos.

[...] para o finalismo a 'natureza das coisas' vincula a lei e limita o próprio legislador (no sistema neokantiano o legislador é que comanda, no finalismo é a realidade ontológica, isto é, o conceito de ação que rege o legislador) (GOMES, 2009, p. 129).

Passa-se a proceder a uma interpretação ontologistizante dos ensinamentos neokantistas, de modo a se assegurar que o operador do Direito, ao valorar as condutas ilícitas, não aja com discricionariedade absoluta, devendo vincular-se aos dados concretos da realidade.

O finalismo, assim, prega a fidelidade do aplicador do Direito à natureza ôntica do objeto de sua intervenção. Opera-se, por consequência, um objetivismo metodológico em substituição ao subjetivismo axiológico neokantista: não pode o jurista interpretar na contramão da realidade, da natureza do ser.

saciar um poder ancestral. É muito provável que somente as categorias freudianas permitem pensar tal ato genocida em sua dimensão coletiva e individual" (2010, p. 132).

Com o finalismo, dolo e culpa migram para o tipo penal. Com isso, a tipicidade abrange não só aspectos objetivos (isto é, a simples descrição da conduta humana tipificada), mas também subjetivos (que exigem a análise de uma finalidade específica do agente, ou seja, a demonstração de que o criminoso praticou certa conduta com a sua vontade dirigida a um fim ilícito).

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim [...]. Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne [...]. Assim, para os finalistas, na hipótese de ter o agente premido o gatilho voluntariamente, efetuando o disparo e atingindo outra pessoa que vem a morrer, somente terá praticado um fato típico se tinha como fim esse resultado ou se assumiu conscientemente o risco de produzi-lo (homicídio doloso) ou se não tomou as cautelas necessárias ao manejar a arma para dispará-la, limpá-la etc. (homicídio culposo) (MIRABETE, 2005, p. 102/103).

A culpabilidade, por sua vez, se torna puramente normativa, configurando-se, para os finalistas, apenas quando o juiz verifica a capacidade de autodeterminação do criminoso. Se o agente não consegue se autodeterminar diante da conduta proibida, isto é, se não possui liberdade psicológica para deixar de praticar essa conduta, não há que se falar em culpabilidade.

Posto isso, verifica-se que o finalismo toma como premissas lógico-objetivas limitadoras da atividade criativa do legislador duas circunstâncias: a necessidade de a conduta humana ser finalista (dirigir-se à prática de um ilícito penal) e a possibilidade de autodeterminação do agente diante dessa conduta ilícita. Não presentes essas circunstâncias, não pode haver responsabilização penal.

O finalismo, contudo, também não logrou, com o seu objetivismo metodológico, separar-se definitivamente das raízes formalistas do positivismo. Consequentemente, esse sistema continuou a embasar decisões abstratas e pragmáticas, pouco preocupadas com a concretização das suas verdadeiras metas jurídicas.

Em decorrência disso, surgiram, na década de 1970, estudos tendentes a explorar a verdadeira missão do Direito penal. Trata-se dos funcionalismos.

1.2.12. Funcionalismos

É de se notar que o positivismo, o neokantismo e o finalismo tiveram como ponto comum o excesso de formalismo, revelando uma atuação tecnocrata em prejuízo da realização de valores de justiça¹⁷.

Com vistas a modificar essa situação, surgiram os funcionalismos, movimentos preocupados não só com a realidade concreta, mas, principalmente, com a concretização da verdadeira função do Direito penal.

[Ao funcionalista] não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? [...] O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem válidas as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal (GRECO, 2000, p. 39).

Estudemos os funcionalismos teleológico e sistêmico.

Para o funcionalismo teleológico de Roxin, o Direito penal persegue a proteção de bens jurídicos de extrema relevância para o homem.

Roxin traz como exigência para a aplicação da pena a criação ou incremento, pelo agente, de um risco proibido relevante. Se não existe relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não há crime; logo, não se pode imputar pena.

¹⁷ Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “A ciência do Direito penal, apesar de todos os avanços ocorridos no século XX, foi concebida de acordo com formulações extremamente formalistas [...]. O jurista penalista dessa época, de um modo geral, tinha uma única preocupação: construir um sistema penal hermético e fechado a partir do direito positivado [...]. Esse tipo de jurista penalista está ultrapassado. O jurista que não conta com sentido crítico, fundado nos pilares da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, certamente não pode ser qualificado como jurista do terceiro milênio, ao contrário, é um positivista-legalista, que omite o dever de se posicionar como guardião difuso da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (2007, p. 183).

Roxin também exige, para a configuração do crime, que o resultado provocado pelo agente tenha nexos com o risco proibido criado. O criminoso só responde nos limites do risco causado por ele; se surge resultado que não resulta diretamente do risco provocado pelo agente, não há responsabilização por esse resultado.

E a pena, em Roxin, só pode ser aplicada ao caso concreto se se revela estritamente necessária à ressocialização do agente. Nesse sentido, eventual arrependimento posterior do criminoso, com reparação do prejuízo, impede a imposição de sanção penal.

Todas essas exigências buscam uma atuação mais pontual e lógica do Direito penal, que só pode reprimir seres humanos que criam riscos proibidos relevantes, que causem resultados significativamente lesivos à sociedade e que necessitem da pena como forma de prevenção geral e especial.

O funcionalismo teleológico pretende aproximar ainda mais o Direito da realidade, trazendo regramentos que, não dissociados de noções de política criminal, viabilizem a aplicabilidade de soluções certas do ponto de vista da obediência do princípio da legalidade e, ainda assim, devidamente ajustadas ao caso concreto.

A pretensão de Roxin consiste em superar as barreiras existentes entre o Direito penal e a Política criminal, fazendo do sistema (penal) um instrumento válido para a solução satisfatória (político-criminalmente) dos problemas reais da sociedade. Sua preocupação é, portanto, prática e encontra-se muito próxima das exigências da tópica (GOMES, 2009, p. 135).

Já o funcionalismo sistêmico de Jakobs tem por fito assegurar a eficácia do sistema penal por meio do império da norma. A pena existe, diante dessa perspectiva, não para resguardar bens jurídicos, mas para garantir que as leis penais sejam observadas pela sociedade¹⁸.

¹⁸ Segundo Luiz Flávio Gomes, para Jakobs, “[...] o Direito penal não existe para a simples proteção de bens jurídicos. Sua finalidade primordial é cuidar da vigência da norma, é manter a confiança dos cidadãos no sistema. O Direito penal é instrumento de estabilização do sistema. O bem jurídico penal que deve ser protegido é a firmeza de expectativas normativas diante de sua frustração. O conceito

Entende Jakobs que o Estado deve aplicar duas espécies de Direito penal: uma voltada para o cidadão comum e outra voltada ao inimigo do Estado, potencial violador de determinadas normas jurídico-penais. A primeira espécie resguardaria todas as garantias penais e processuais do indivíduo, ao passo que a segunda o trataria não como sujeito de direitos, mas como objeto de coação.

Jakobs pregou vigência ao denominado Direito penal do inimigo, conjunto de regras que, buscando a todo custo o império do ordenamento jurídico penal, vê determinados criminosos como inimigos declarados do Estado e, *ipso facto*, mercedores de um tratamento rigoroso por parte do sistema.

Encarando o ser humano como um possível inimigo do Estado e conseqüente mecanismo de estabilização social destinatário de imputações penais, a doutrina de Jakobs restringe princípios e garantias fundamentais, penais e processuais penais (inclusive a legalidade).

Aqui, vige o denominado Direito penal do autor, que, ao invés de punir comportamentos criminosos, pune pessoas, quer seja pelos seus gostos, opções ou preferências, quer seja por suas características pessoais ou sociais.

A punição, por esse prisma, é aplicável na forma de medida de segurança em face da periculosidade do inimigo do sistema. Essa medida de segurança revela finalidade nitidamente punitiva e se reveste de importante função simbólica¹⁹.

Nessa linha, é aplicável o entendimento de Durkheim no sentido de que a criminalidade é entendida não só como fator intrínseco à sociedade, senão também como fator do qual ela necessita, uma vez que os mecanismos e regras que buscam combatê-la exercem força coercitiva e vinculante sobre toda a população e, por

clássico de um bem jurídico (individual) perde significação. Crime é a mera desobediência da norma” (2007, p. 185).

¹⁹ “A pena, segundo a teoria sistêmica, cumpre uma função de prevenção integradora (distinta dos objetivos ‘retributivos’, de prevenção ‘geral’ e ‘especial’, que lhe atribuía a dogmática tradicional). Se o delito lesa os sentimentos coletivos da comunidade, isto é, o considerado por ‘bom e correto’, a pena ‘simboliza’ a necessária reação social” (GOMES, 2007, p. 185).

consequente, mantêm os quadros de *normalidade* indispensáveis à preservação da harmonia social²⁰.

1.2.13. Características do Direito penal moderno

Indubitavelmente, o funcionalismo de Jakobs redundou em um considerável retrocesso, capaz de abalar a estrutura de qualquer Estado Democrático e Social de Direito, caracterizado por dar força normativa ao texto constitucional garantista e colocar a dignidade do homem como fim a ser perseguido pelo ordenamento – e não o ordenamento como meta a ser concretizada a todo custo pelo primeiro.

Um Estado que trata parte de seu povo como inimigo não só destrói valores de liberdade-igualdade-fraternidade perseguidos desde a Revolução Francesa, senão também põe em risco todos os demais avanços em termos de direitos humanos galgados pela humanidade nos últimos séculos²¹.

Com efeito, em um Estado de Direito com os contornos que conhecemos, ninguém pode ser presumidamente culpado pela prática de infração penal (princípio da presunção de inocência). E as infrações penais devem tutelar bens jurídicos significativos para o homem, sendo vedado criminalizar comportamentos com o escopo de proteger bens ilegítimos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos). Da mesma forma, não se pode punir o ser humano pelo que ele é ou pensa, mas sim pela prática concreta dos atos de execução de uma determinada conduta criminosa (princípio da materialização do fato, que rechaça o Direito penal do autor). E crime não pode haver diante de tipos penais vagos ou situações de perigo abstrato: infração penal só existe validamente em decorrência da prática de uma conduta humana tipificada no ordenamento jurídico (princípio da legalidade)

²⁰ Para Ferrajoli, “no plano sociológico, de outra parte, a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescenta à teoria da deviança de Durkheim, que, no mesmo diapasão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social “destinado, sobretudo, a agir sobre as pessoas honestas”, reafirmando-lhes os sentimentos coletivos e solidificando-lhes a solidariedade contra os desviantes. Diferentemente da doutrina de Durkheim, que jamais pretendeu fornecer uma justificação mas apenas uma explicação da pena [...], claro está que essa doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de “subsistema físico-psíquico”, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa” (2002, p. 222).

²¹ Para Luiz Flávio Gomes, “[...] Imaginar um Direito penal fundado na pena de prisão sem as clássicas garantias é dar ensejo a um Direito penal de cunho totalitário” (2007, p. 185).

que seja valorada negativamente pelo Direito e que cause ou incremente um risco proibido significativo (princípio da ofensividade). Não fosse assim, o Direito penal perderia suas características de subsidiariedade e de fragmentariedade, as quais asseguram que a intervenção penal, que é potencialmente lesiva, atinja minimamente a esfera de liberdade dos indivíduos (princípio da intervenção mínima)²².

Nessa linha, o funcionalismo de Jakobs, revestido de nítidos elementos de Direito penal máximo, vai na contramão evolutiva do Direito penal, consubstanciando-se num método que, sob o pretexto de supostamente assegurar um quadro de máxima funcionalidade social, retoma o formalismo excessivo de outros tempos para levar, mais uma vez, a um processo de prisionização em massa dos pobres, fracos e oprimidos, que agora veem dilaceradas suas garantias penais e processuais penais em clara oposição ao princípio transnacional da vedação do retrocesso²³.

Inobstante isso, resquícios de teorias regadas pela ideologia jakobiana persistem no Brasil até os dias de hoje, mesmo diante do esplendoroso texto garantista de nossa Constituição Cidadã: basta ver a sede da população, facilmente influenciada pela mídia, pela concessão de tratamento cada vez mais severo aos delinquentes.

Nas palavras de Ana Paula Motta Costa,

Para Wacquant, a opinião pública possui especial fascínio pela violência. Em função disso, a criminalidade invade as páginas de

²² A subsidiariedade do Direito penal assegura que a sua intervenção só ocorrerá nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostrarem ineficazes para a proteção de bens jurídicos significativos para o homem, tais como a vida, a honra e o patrimônio. A fragmentariedade garante que, no caso concreto, o Direito penal só intervirá em havendo relevante lesão ao bem jurídico tutelado (impedindo-se, por exemplo, que alguém seja punido pelo furto de uma caneta).

²³ De acordo com o princípio da vedação do retrocesso (ou efeito *cliquet*), os direitos humanos, uma vez galgados pela sociedade, não podem ser suprimidos do seu ordenamento jurídico futuramente, na medida em que se tornam um verdadeiro patrimônio jurídico daquele país. Seria ilegítimo, nesse sentido, reduzir o conteúdo garantístico de qualquer Direito; direitos humanos somente podem ser alargados, jamais restringidos. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “[...] o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar [...]” (BARROSO, 2004, p. 329).

jornal e as telas de televisão, também como resultado da utilização do tema pela mídia como forma de conquistar o mercado. Sob a pressão da mídia, a necessidade de combate ao crime impõe-se aos políticos e, especialmente, aos promotores e juizes, os quais passam a atuar nas situações em concreto, informados por um consenso social que não é a realidade efetiva, mas uma realidade subjetivamente construída (COSTA, 2005, p. 158).

Realmente, por vezes, circunstâncias especiais mediadoras de nossa democracia fazem que as normas constantes do nosso ordenamento jurídico, assecuratórias de direitos fundamentais, não possuam a eficácia desejada. Noutra falar, a cultura e o comportamento da própria população brasileira negligenciam e, muitas vezes, renegam valores da democracia, de modo que, embora esta se encontre rigidamente erguida por meio dos pilares jurídicos de um Estado Democrático de Direito, na prática o texto constitucional não se concretiza, havendo uma paradoxal e costumeira violação consentida de direitos fundamentais.

Teresa Pires do Rio Caldeira ensina que o Brasil possui um modelo peculiar de democracia, denominado democracia disjuntiva. Nos dizeres da autora, “embora o Brasil seja uma democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da democracia são continuamente violados.” (2004, p. 343).

Seguindo esse raciocínio, a antropóloga demonstra que o brasileiro vive uma cultura de incircunscção de corpos²⁴, cultura essa que é de difícil compatibilidade com a observância dos direitos civis, já que o corpo incircunscrito, cuja manipulação não é considerada problemática, perde os seus contornos e fica desprotegido de direitos individuais (CALDEIRA, 2004, p. 370).

Nota-se, diante disso, que uma sociedade de corpos incircunscritos admite desde intervenções menos ou não traumáticas no corpo, que dizem respeito, por exemplo, à sexualidade aberta, à exposição dos corpos nas praias e às intervenções cirúrgicas com finalidades estéticas, até intervenções mais agressivas, contrárias à

²⁴ Corpo incircunscrito, nesse diapasão, corresponde ao corpo humano não circunscrito, isso é, nu e exposto, sem contornos nítidos e que, por isso, fica vulnerável, maleável, permeável. Trata-se do corpo aberto à intervenção, que não é respeitado em sua individualidade.

vigência de direitos individuais dos cidadãos, como a aceitação e incentivo à violência doméstica contra crianças e adolescentes e a apologia à violência policial, às execuções sumárias, à prática da tortura e à expiação pela dor, quer através da prática de trabalhos forçados, quer através da imposição de pena de morte.

Dessa feita, verifica-se que, embora o Brasil tenha lutado arduamente para a conquista formal de direitos fundamentais destinados a toda a sociedade, a cultura brasileira muitas vezes abstém a sociedade de se insurgir contra esse processo de ascensão e banalização da violência, de modo que a incircunscrição de corpos importa o incentivo à coisificação e estereotipação do criminoso e a naturalidade da punição pela dor, levando paradoxalmente à configuração de uma situação de violência e de desrespeito aos direitos civis em pleno contexto de desenvolvimento e de reconstrução de uma sociedade democrática. Retoma-se, aqui, a noção de democracia disjuntiva, situação em que os aspectos da cidadania são contínua e paradoxalmente violados dentro de um Estado onde formalmente vigem preceitos democráticos.

Na democracia disjuntiva, o Estado de Direito coexiste com a violação dos direitos civis (inclusive de adolescentes em conflito com a lei). É o que ocorre no cenário brasileiro da modernidade.

Tanto é assim que são comuns as pressões por parte da sociedade exigindo penas mais duras e tratamentos jurídicos menos benéficos: a opinião pública, de uma forma geral, massacra nosso ordenamento jurídico, levantando infundáveis descontentamentos com relação a princípios e regras de todos os gêneros (inclusive humanísticos) e pleiteando, em praticamente todos os casos, a redução dos direitos dos cidadãos.

É justamente aí que surge a figura da legislação-álibi²⁵, espécie de legislação simbólica que é criada com o escopo de acalmar a animosidade social.

²⁵ Há legislação-álibi toda vez que o poder legislativo é levado a criar novas leis por força do clamor social, e não exatamente em razão dos possíveis (e questionáveis) benefícios que esta nova legislação trará ao ordenamento jurídico. Trata-se de uma nova regra que possui função primordialmente política, e não jurídica. Conforme ensina Pedro Lenza, a legislação-álibi [...] “constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas,

Com efeito, a opinião pública, de uma maneira geral, entende que o *criminoso*, pessoa má e perversa, deve ser tratado sempre às duras penas, sem a *benesse* dos direitos humanos, que seriam *privilégios de ricos*. Argúi-se que, se os pobres, de uma maneira geral, não têm acesso a direitos humanos, não seria justo oferecê-los *de bandeja* aos *bandidos*, que sequer revelam comportamento tido como *humano*²⁶.

Nessa medida, o desrespeito aos direitos fundamentais muitas vezes é levado à discussão pública e incentivado pelo Poder Legislativo, que vê na alteração das leis um objetivo político de apaziguar as revoltas sociais. Retomam-se, assim, diretrizes jakobianas de Direito penal em afronta às modernas garantias constitucionais de um direito penal mínimo.

Diante disso, verifica-se facilmente que, embora nosso sistema jurídico seja notavelmente evoluído, na prática os direitos humanos nele prescritos são constantemente desrespeitados e esse desrespeito é incentivado pela sociedade brasileira, permanecendo legitimados no ordenamento jurídico pátrio alguns instrumentos do Direito penal do inimigo.

Embora a ideologia da segurança nacional seja, atualmente, apenas uma lembrança, a sua realidade autoritária não desapareceu, e apenas adotou uma nova roupagem: a ideologia da segurança urbana. Os atores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram

desempenhando uma função 'ideológica'. Assim, a legislação-álibi tem o 'poder' de introduzir um sentimento de 'bem-estar' na sociedade, solucionando tensões e servindo à 'lealdade das massas'" (2009, p. 32).

²⁶ Nas palavras de Teresa Pires do Rio Caldeira, "os discursos contra os direitos humanos usam basicamente três estratégias. A primeira é negar a humanidade dos criminosos. Os detentos são representados como aqueles que cometeram os crimes mais violentos (homicídio, estupro) e portanto como pessoas que violaram a natureza humana, que são dominadas pelo mal e pertencem apenas ao espaço do crime: eles não têm família, nenhuma ligação com os outros, nada; eles 'ofendem o gênero humano' [...]. A segunda estratégia usada por aqueles que atacam os direitos humanos é associar os esforços da administração do estado para impor o estado de direito, controlar a polícia, reformar prisões e defender os direitos humanos ao fato de que o crime aumentou. Em outras palavras, a própria democratização era responsabilizada pelo aumento do crime e da violência [...]. A terceira linha de ataque, e o cerne do argumento, é comparar as políticas de humanização das prisões à concessão de privilégios para bandidos [...]. A maioria das pessoas acredita que 'a justiça é uma piada', e que tanto a polícia quanto o judiciário favorecem as classes altas e raramente são justos com os trabalhadores. A justiça é, então, um privilégio dos ricos. Os adversários dos direitos humanos usam este ponto, perguntando: se a maioria não tem seus direitos respeitados, por que os criminosos deveriam ter esse privilégio?" (2004, p. 348/349).

leis repressivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional. A sociedade de comunicação contemporânea e as cruzadas nacionais e internacionais, o medo, as reações perante a quebra do estado de bem-estar e a redução do espaço político para providenciar soluções reais para os conflitos sociais favorecem uma transferência de poder, que, na época da ideologia da segurança nacional, levava à hegemonia das forças armadas e que, na versão da ideologia da segurança urbana, passa para as polícias (ZAFFARONI, 2009, p. 314).

Por esse prisma, é de se notar que os contornos do funcionalismo teleológico de Roxin revelam-se muito mais apropriados para a salvaguarda do verdadeiro propósito de uma ciência que deve, necessariamente, se atrelar à realidade concreta vivenciada pela sociedade e a valores de igualdade e justiça.

Isso porque o funcionalismo teleológico se aproxima muito mais de um modelo ideal de Direito penal mínimo, entendido como aquele que observa um conjunto de princípios axiológicos fundamentais²⁷ capazes de limitar ao máximo o erro e o arbítrio estatal, de modo a se garantir que o *ius puniendi* seja exercido tão-somente dentro dos limites legais, evitando-se abusos, surpresas ou armadilhas.

Com efeito, o Direito penal mínimo interfere minimamente na esfera de liberdade dos cidadãos, observando, ao máximo, os seus direitos e garantias.

Nas palavras de Ferrajoli,

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma

²⁷ Ferrajoli define dez princípios axiológicos fundamentais de um modelo garantista: (1) Nulla poena sine crimine (princípio da retributividade da pena em relação ao delito); (2) Nullum crimen sine lege (princípio da legalidade); (3) Nulla Lex (poenalis) sine necessitate (princípio da necessidade); (4) Nulla necessitas sine injuria (princípio da ofensividade); (5) Nulla injuria sine actione (princípio da materialização do fato); (6) Nulla actio sine culpa (princípio da culpabilidade); (7) Nulla culpa sine iudicio (princípio da jurisdicionalidade); (8) Nulum iudicium sine accusatione (princípio da separação entre juiz e acusação); (9) Nulla accusatio sine probatione (princípio do ônus da prova); (10) Nulla probatio sine defensione (princípio do contraditório). (cf. FERRAJOLI, 2002, p. 74/75).

tendência ao direito penal máximo [...]. Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, 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* (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

É, pois, a partir dos contornos do funcionalismo teleológico que se traçam os princípios regentes do Direito penal moderno.

1.3 Abolicionismo penal?

Tem-se questionado reiteradamente se o caminho evolutivo do Direito não deveria levar à extinção do Direito penal, em razão desse ramo da ciência jurídica ser altamente invasivo ao ser humano e raramente alcançar os seus desideratos.

Realmente, as penas, do modo como vêm sendo aplicadas, revelam-se instrumentos cruéis, desumanos, desproporcionais e vingativos. Especificamente com relação às medidas privativas de liberdade, é de se notar que o seu cumprimento se dá em ambientes insalubres, superlotados e violentos nos quais os condenados são tratados não com dignidade, mas como merecedores de um castigo sangrento e sem fim. Colocados à disposição de funcionários e dos demais detentos, esses *pecadores* são destinatários de todo tipo de sofrimento físico e psicológico imaginável²⁸. Ali dentro, não há chance de um erro do passado ser perdoado ou esquecido. Uma vez preso, o ser humano permanece estigmatizado pelo resto de sua vida²⁹. Ressocialização, de fato, inexistente.

Isso sem falar que as prisões funcionam também como verdadeiros cursos de aperfeiçoamento de atividades criminosas. Sem que haja qualquer tipo de separação por critérios de idade, reincidência ou gravidade da infração, os detentos trocam livremente experiências de como agir para melhor concretizar seus crimes.

²⁸ Como nos aponta Rodrigo Moretto, “Quanto aos efeitos biopsíquicos, podemos notar que a grande massa de encarcerados – após penas de longa duração – desenvolve doenças mentais irreversíveis, uma vez que são obrigados a viver sob regras que se mostram incompatíveis com a dinâmica social, sendo que devem agir perante os demais detentos inversamente da forma com que interagem para com a administração da casa prisional, o que faz com que entrem em choque entre eles mesmos. Outro fator que desrespeita a dignidade humana é fazer o encarcerado perder o direito de controle de seu tempo, tendo que se adaptar – sem escolha – às normas do estabelecimento, o que o leva, não poucas vezes, a sofrer de síndromes e disfunções fisiológicas” (2005, p. 121).

²⁹ “Aquele que foi pego pelo sistema é culpado para o resto da vida. É essa a nossa justiça – um mecanismo de exclusão definitiva?” (HULSMAN, 1993, p. 71)

São mantidos, assim, nesses verdadeiros *campos de concentração prisionais* para fins de aprimoramento das práticas do crime.

Nota-se, ainda, que as prisões servem à higienização social, já que nelas se inserem pessoas rejeitadas pela sociedade, muitas vezes porque incompatíveis com as regras de uma sociedade de consumo³⁰. Assim, embora indivíduos de todas as classes sociais possam praticar crimes, o Direito penal interfere na esfera de liberdade individual de forma injustificadamente seletiva, agindo com maior rigor perante seres humanos com menor capacidade de participação na economia.

Segundo Luiz Flávio Gomes,

Que todas as classes sociais delinquem já não há nenhuma dúvida. O que o Direito penal precisa no novo milênio é descobrir como se faz a distribuição dos castigos com igualdade, mesmo porque a essência da justiça, como se sabe desde Aristóteles, reside na igualdade entre os homens. No nosso país a distribuição de renda é inversamente proporcional à distribuição do castigo: a renda vai prioritariamente para os abonados; os castigos vão quase que exclusivamente para os excluídos” (2009, p. 99).

Inobstante essas constatações, conforme já pontuado, a nossa população, influenciada pela mídia, ao invés de se chocar com esse quadro de abuso, de desigualdade e de violência, clama por um rigor penal ainda mais acentuado, pugnando pela elaboração de leis penais mais duras, bem como pela minimização dos direitos humanos dos presos.

Diante desse quadro, alguns estudiosos defendem não haver justificativa na manutenção do Direito penal no sistema, argumentando que os demais ramos do Direito seriam capazes de, de uma maneira menos agressiva, salvaguardar, de modo mais eficaz, os bens da vida indispensáveis ao homem. Trata-se dos defensores do movimento do abolicionismo penal, que, segundo Ferrajoli,

[...] não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-

³⁰ Para Bauman, “[...] os ‘excluídos do jogo’ (os consumidores falhos – os consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais) são exatamente a encarnação dos ‘demônios interiores’ peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em guetos e a sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto são – metaforicamente falando – todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie” (BAUMAN, 1998, p. 57).

político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice conscrição que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais (2002, p. 200).

No dizer de Zaffaroni,

Hulsman parte de uma série de fatos inquestionáveis, tais como a de ser a resposta punitiva somente uma forma de resolver conflitos sociais, que o sistema penal opera criminalizando ao acaso (compara-o com os “flipers”), que trabalha compartimentalizadamente etc., para chegar à conclusão de que a justiça penal, em sua forma atual, poderia ser suprimida com grande vantagem, sendo substituída pelas restantes alternativas que permitem a solução de conflitos: a reparação, a conciliação etc (ZAFFARONI, 2009, p. 309).

Não parece, contudo, ser essa a melhor solução.

Primeiramente, porque não devemos pautar a necessidade de alteração da lei no simples fato dela não alcançar os seus desideratos. A estigmatização do infrator e a crueldade das penas não são problemas oriundos da lei, mas sim da péssima administração promovida pelo Poder Executivo, que não demonstra verdadeiro interesse ou empenho na consecução dos fins do ordenamento penal. O primeiro passo, assim, para se galgar um Direito penal mais digno é aproximar a realidade do sistema ao dever ser legislativo.

Além disso, não se pode ignorar que o Direito penal, por ser o único ramo do Direito dotado das ferramentas aptas a salvaguardar legitimamente bens jurídicos valiosos para o homem, revela-se estritamente necessário à manutenção da paz social.

Note-se que o Direito penal mínimo possui dois focos centrais: a prevenção de delitos e a prevenção das punições informais. Ambos esses objetivos têm um fundamento comum: a proteção do mais forte contra o mais fraco.

Partindo dessa premissa, Ferrajoli nos ensina que, por vezes, mais fraco é o ofendido, vítima de um crime; noutras vezes; mais fraco é o agente do crime, vítima da sociedade que, assim como o criminoso, também pode pretender a consumação

da vingança privada. Em ambos os casos, a proteção do Direito penal revela-se indispensável.

Diante desse quadro, fica claro que, não intervindo o sistema penal, inexistem, no nosso sistema, mecanismos de tutela efetivamente capazes de evitar que a sociedade faça justiça com as próprias mãos.

Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar essa dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Imagine qual seria o resultado de um crime de grande repercussão se não houvesse Direito penal. É preciso aplicá-lo devidamente, não nos casos em que não há violação relevante a bens jurídicos, mas nas hipóteses realmente fragmentárias e subsidiárias, imprescindíveis para a manutenção da ordem social. Sua aplicação também deve ser não seletiva (para se evitar o fenômeno do *labelling approach* ou teoria do etiquetamento social³¹), priorizando a aplicação de penas alternativas e alternativas à pena.

Nesses termos, o Direito penal mostra-se essencial à ordem social, principalmente quando se vislumbram os momentos em que os homens decidem pela prática de condutas violadoras dos bens jurídicos mais significativos.

³¹ Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes ensina: “O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinquente, sem embargo, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder etc.): levando em conta o *status* e o papel das pessoas. De modo que as ‘chances’ ou ‘riscos’ de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social (*status*). Os processos de criminalização, ademais, vinculam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada em uma sociedade concreta, isto é, guiam-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade *versus* latência (2002, p. 387. Grifos do autor).

Realmente, o *ius puniendi*, exercido dentro dos contornos de um sistema garantista, evita arbitrariedades³² e alcança finalidades preventivas com um mínimo de intervenção na esfera de direitos fundamentais.

O importante é compreender que, sendo conhecida a reação humana às práticas delituosas (e essa reação perpetuará independentemente de rotularmos condutas socialmente desvaloradas como crimes ou como ilícitos de outra natureza), os destinatários desse sentimento de revolta social necessitam uma resposta institucional certa, predeterminada e adstrita aos limites do mal praticado, capaz de assegurar a menor restrição de direitos possível e de proteger as integridades física e psicológica do indivíduo. É isso que um Direito penal bem administrado deve ser capaz de nos assegurar.

De qualquer forma, o reconhecimento da necessidade do Direito penal em nosso sistema não nos impede de almejá-lo menos agressivo, mais humanitário e, principalmente, garantista³³.

Nessa medida, deve-se destacar que, nos moldes da ciência jurídica moderna, diante de infrações bagatelares ou de pequena ofensividade não há espaço para a intervenção do Direito penal. No caso da bagatela, o fato é materialmente atípico, não configurando crime – conforme se demonstrará adiante. Já nos casos em que se verifica presente um baixo nível de ofensividade, à luz do princípio da intervenção mínima ganham importância medidas de justiça restaurativa, capazes de devolver à vítima o seu papel ativo na persecução penal e personalizar o conflito penal, reconstruindo o desejado propósito de justiça³⁴.

³² “Temos sociedades concretas, com estruturas de poder também concretas, que permitirão que cesse o controle social na medida em que não vejam o seu poder ameaçado, mas que exercerão esse poder por meio do sistema penal ou por qualquer outro meio de controle social, quando vierem a perceber um perigo à sua hegemonia social. Assim, pode ser pior uma ampliação do controle psiquiátrico, administrativo, assistencial etc. que a própria ação punitiva do sistema penal” (ZAFFARONI, 2009, p. 309).

³³ Nesse ponto, Ferrajoli idealiza “[...] a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à deviança socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social” (FERRAJOLI, 2002, p. 201).

³⁴ Para Luiz Flávio Gomes, “os efeitos perniciosos da prisão, sobretudo nos infratores jovens, assim como do próprio processo penal, sempre causaram preocupações consideráveis. Por isso, desde o

1.4 Finalidades da pena

De todo o histórico delineado alhures, não restam dúvidas de que o significado da pena passou por diversas mutações até alcançar o conteúdo atual.

Fala-se na existência de três teorias relacionadas às finalidades da pena: teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista.

De acordo com a teoria absoluta, a pena tem fins meramente retributivos, funcionando como resposta do Estado diante da prática de uma conduta proibida. A pena, aqui, é um mandamento de justiça, já que importa a imposição de um mal proporcional ao injusto praticado pelo autor do delito.

Segundo a teoria relativa, a pena apresenta um significado de prevenção, seja geral ou especial.

A prevenção geral alcança todos os indivíduos de uma sociedade, incidindo *in abstracto*. Pode ser negativa (que tem escopo intimidatório, fazendo com que todos os indivíduos de uma sociedade sintam-se receosos com relação às consequências que lhes poderiam ser impostas em decorrência de uma prática infracional) e positiva (também chamada de prevenção geral integradora, que busca reforçar a vigência da norma ao conferir ao cidadão *honesto* a certeza de que sofrerá o mandato punitivo da lei penal caso venha a infracionar).

A prevenção especial, por sua vez, se dirige à pessoa do condenado, agindo *in concreto*. Também pode ser negativa (quando busca encarcerar ou inocular o responsável pela conduta criminosa) e positiva (nos casos em que pretende ressocializar o infrator).

final dos anos 60, surgiram nos países anglo-saxônicos movimentos de opinião favoráveis à busca de vias alternativas ao sistema legal (*diversion*), isto é, instâncias não oficiais e mecanismos informais que possam resolver com eficácia e menor custo os conflitos. Pensava-se que fórmulas como a mediação, a conciliação ou a reparação evitariam o impacto estigmatizador da pena (ou da mera intervenção das instâncias oficiais do controle social formal), aliviariam a sobrecarga da Justiça Penal, solucionando à margem da mesma um bom número de conflitos de escassa importância e ainda permitiriam a satisfação dos legítimos interesses da vítima do delito” (2002, p. 524. Grifos do autor).

A teoria mista apresenta características de ambas as teorias anteriores. Para os que apregoam seus preceitos, a pena busca não só a retribuição, senão também a prevenção geral e especial.

Dito isso, percebe-se que todas essas teorias restam perceptíveis ao longo de nossa História³⁵. Nos dias de hoje, contudo, tem prevalência a teoria mista.

Nesse enfoque, merece destaque a teoria dialética de Roxin, que identifica a finalidade da pena de acordo com o momento de sua análise ou aplicação: (a) primeiramente, enquanto descrita abstratamente em um tipo penal, a pena revela finalidade preventiva geral, negativa (intimidação) e positiva (integração normativa); (b) concretizada a norma penal mediante a prática de um crime por determinada pessoa, a pena, ao ser aplicada pelo juiz em um processo judicial, ganha, além da finalidade preventiva geral, os fins de retribuição (resposta Estatal pelo mal praticado) e de prevenção especial positiva (ressocialização); (c) iniciado o cumprimento efetivo da pena, esta mantém, preponderantemente, a finalidade preventiva especial positiva (ressocialização) (Cf. GOMES, 2007, p. 704).

Pode-se dizer, assim, que, em sendo o Direito penal necessário para a proteção de bens jurídicos que o homem considera indispensáveis para a vida em sociedade, a imposição das penas, como consequência desse Direito penal, deve observar as finalidades acima enunciadas, obedecendo a princípios constitucionais garantistas³⁶ capazes de impedir a coisificação do ser humano, que não pode ser utilizado pelo sistema penal como mero instrumento de amedrontamento ou objeto de vingança social.

³⁵ Com efeito, nos tempos da vingança privada, a pena possuía nítida natureza punitiva, já que buscava vingar a vítima e sua família. No período da Escola Clássica, a pena também buscava punição e retribuição, mas na medida da culpabilidade do agente. Para os positivistas, o fim da pena era o de curar o doente, de modo a se ressocializar um indivíduo predeterminado a delinquir. Para a Escola de Kiel, assim como o funcionalismo de Jakobs, a finalidade essencial da pena era confirmar a vigência da lei penal. E assim por diante.

³⁶ Para se evitar a cominação de sanções injustas e inadequadas, devem ser obedecidos os princípios constitucionais do devido processo legal (o procedimento de imposição das penas deve ser obedecido), da proporcionalidade (a pena deve ser proporcional à gravidade do ilícito), da pessoalidade da pena (a pena não pode passar da pessoa do condenado), da proibição da pena indigna (a pena não pode atentar contra a dignidade do ser humano), da humanização das penas (a pena não pode ser cruel, desumana ou degradante) e da vedação do *bis in idem* (ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato criminoso).

Na prática, contudo, conforme já visto, sabido é que a pena, em razão da má gestão estatal, tem demonstrado tão-somente a sua função preventiva especial negativa, isto é, a de enclausuramento, visando à retirada dos *criminosos* da vista da sociedade.

Feitas essas considerações, é chegada a hora de se pensar: e com relação às medidas socioeducativas? Por que elas existem? Qual é a sua natureza? Quais são as suas finalidades? Elas também desrespeitam direitos fundamentais?

Esses questionamentos serão elucidados ao final do próximo capítulo.

2 DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Já verificamos como se deu o surgimento das regras sociais e quais os motivos que levaram à criação da ciência do Direito e, especificamente, à criação do Direito penal.

É de se notar, contudo, que nem todas as regras jurídicas são aplicadas à totalidade das pessoas indiscriminadamente; pessoas diferentes merecem regramentos diferentes – até mesmo porque nossa Constituição salvaguarda o direito à diferença (*droit à la différence*).

Posto isso, antes de se iniciar especificamente o estudo das medidas socioeducativas e de se questionar a sua similitude com as penas previstas no Direito penal, é forçoso considerar a existência, o fundamento e as finalidades de normas jurídicas destinadas especialmente a crianças e adolescentes – inclusive adolescentes em conflito com a lei.

É o que se passa a analisar.

2.1 O princípio da igualdade e a discriminação positiva

Cediço é que, consoante um de nossos princípios constitucionais de maior grandeza e perfeição, todos são iguais perante a lei. Significa dizer que cabe ao aplicador do Direito dispensar tratamento igualitário a todos os homens, via de regra sem qualquer distinção.

Trata-se do princípio da isonomia, supedâneo de nosso ordenamento jurídico, cuja essência se encontra positivada no “caput” do artigo 5º de nosso texto constitucional.

Com base nesse princípio, não se pode infundadamente atribuir a um ser humano tratamento jurídico diferenciado. Aliás, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal apregoa ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Como bem salienta Bobbio, “Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia” (1997, p. 08).

Não basta, contudo, a referência à igualdade; consoante pensamento aristotélico, deve-se propiciar tratamento equânime a todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, tratando-se, por consequência, de maneira desigual os desiguais. Essa desigualdade de tratamento, que corresponde à esfera material do princípio da igualdade, em determinadas situações, torna-se medida mandamental para que se atinja, efetivamente, o âmago do princípio constitucional em questão.

Nenhum homem é igual por natureza. Mesmo os indivíduos produto de uma experiência social semelhante podem diferir, muitas vezes consideravelmente, em aspectos psicológicos, biológicos, sociológicos e outros mais. A absorção de uma cultura semelhante e de um patamar de ensino equiparado, conquanto possa implicar similitude de personalidade e de comportamento entre indivíduos de uma determinada comunidade, jamais será suficiente para padronizar o ser humano, que, no seu íntimo, é livre para pensar e agir.

Realmente, se, por um lado, o conceito de liberdade pode ser analisado isoladamente, o conceito de igualdade apenas resulta plenamente compreendido quando analisado em conjunto com as relações sociais³⁷.

³⁷ Nas palavras de Norberto Bobbio, “O conceito e o valor da igualdade pressupõem, para sua aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles” (1997, p. 13).

Segundo Bobbio,

Todo homem tem a possibilidade de diferenciar-se dos outros segundo a própria lei intrínseca, que é a própria liberdade, e, portanto ser avaliado de modo correspondente à sua diferenciação [...]. Mas aquilo que constitui a característica própria do homem e lhe dá ao mesmo tempo a possibilidade de diferenciar-se dos outros seres e dos outros homens, é a *liberdade*. A justiça não é, portanto, simplesmente igualdade – critério abstrato – mas igualdade referida à liberdade – critério concreto. Vale dizer, não é pura e simplesmente igualdade, mas *igualdade na liberdade*, ou melhor, e mais precisamente, igual possibilidade de usar a própria liberdade. Estabelecendo como fundamento da avaliação da justiça a liberdade, o problema da justiça desloca-se: passa de uma concepção da justiça como abstrata igualdade a uma concepção da justiça como igualdade na liberdade, isto é, como igualdade no livre exercício da própria personalidade. Com esse critério, justiça não significa que eu seja igual a você, mas que eu seja igual a você na possibilidade de exercer a própria personalidade. De tal maneira, a igualdade abstrata se faz concreta na liberdade (1998, p. 122/123. Grifos do autor).

Dessa forma, o legislador, objetivando garantir obediência ao cerne do princípio da igualdade e prevendo esse ser humano infinitamente multifacetado, que precisa de todo modo exercer plenamente a sua própria personalidade perante o tecido social, considerou a necessidade de estabelecimento de um regramento díspar que colima, justamente, alcançar esse tratamento paritário entre os cidadãos. O que se objetiva é a igualdade, e esta deve ser galgada a todo custo, seja por meio de tratamento equânime, seja por meio de discriminação.

O consagrado doutrinador Darcy Azambuja preleciona que

seria flagrante desigualdade se o Estado tratasse igualmente a todos os indivíduos, pois eles são desiguais. A verdadeira igualdade, segundo a frase clássica, consiste em tratar desigualmente aos indivíduos desiguais, e na medida em que eles desiguam. Assim, o Estado não deve estabelecer diferenças por motivo de nascimento, de classe, de raça, de crença ou de opinião; todos são iguais perante a lei; todos têm direito à proteção, à segurança, à propriedade à liberdade enfim. Mas os benefícios e os encargos são distribuídos, não igualmente, e sim proporcionalmente à situação de cada indivíduo, às suas forças, aos seus méritos, às suas necessidades. Os fracos precisam de proteção maior, os abastados pagam mais, as funções e empregos são dados aos mais capazes intelectual e moralmente, os prêmios são conferidos aos melhores, as penalidades, aos criminosos (2003, p. 164).

Se fosse ofertado idêntico tratamento jurídico a todos os homens, aqueles mais vulneráveis ou detentores de ínsitas particularidades não seriam protegidos da mesma forma, tampouco com a mesma precisão pelo Direito. A concessão de tratamento jurídico idêntico a pessoas nitidamente desiguais acarretaria, nesse sentido, supervenientes desigualdades indesejadas.

Verifica-se, pois, imprescindível essa espécie de diferenciação; na sua ausência, não se poderia obter a compensação que o princípio da igualdade, tal qual estampado, propicia para que se concretize uma equivalência de oportunidades entre seres humanos detentores de características que os fragilizam, seja em decorrência de uma realidade histórica de intensificada marginalização e preconceito social, seja em razão da constatação de qualquer outro fator que implique hipossuficiência (ARAÚJO, 2005, p. 122).

Feitas essas observações, conclui-se que o princípio da isonomia reflete a constitucionalidade da discriminação positiva, que objetiva indissociavelmente proteger determinados grupos de pessoas detentoras de peculiaridades específicas que as tornam diferentes das demais.

Nesse ponto, emerge a necessidade de uma inarredável reflexão: quem são os desiguais? Quais indivíduos merecem, no plano jurídico, essa diferenciação?

Não prescinde repisar: o princípio da isonomia configura um dos maiores sustentáculos dos direitos fundamentais. Logo, a regra é a da igualdade, admitindo-se tratamento desuniforme tão-somente nos casos em que esta desuniformidade se revela medida inafastável para se alcançar, de fato, a verdadeira equiparação de pessoas dessemelhantes.

Nas palavras de Alexandre de Moraes,

o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça (2006, p. 31).

Não basta, contudo, mera intuição da necessidade de tratamento jurídico diferenciado para que este seja concedido a determinado grupo de pessoas; o *discrímen*³⁸ apenas será autorizado nos casos em que a lei, de forma irrefragável, revele a intenção de discriminar, embasada em motivo razoável e intrinsecamente vinculado ao critério discriminador em observação. Só assim essa lei será não só formal, mas também materialmente válida, coadunando-se com os princípios e valores da nossa Constituição.

Dessa feita, inadmissível se torna qualquer espécie de perseguição ou favoritismo gratuito, posto que nosso ordenamento jurídico interdita, inequivocadamente, a concessão de tratamento divergente a situações em que, mesmo que constatado um elemento diferenciador, este não justifique, de forma razoável, a concessão do tratamento jurídico diferenciado. De outra monta, se a diferenciação legal objetiva justamente o atingimento de um tratamento paritário entre os indivíduos que, por razões diversas, apresentam alguma desigualdade juridicamente relevante; se esta diferenciação trazida pela norma mostra-se de acordo com os ditames da Constituição Federal e revela-se a única medida de justiça hábil a suprir determinada desigualdade psicológica, social, biológica de uma classe indeterminada de indivíduos; e se esse critério discriminador erigido pelo ordenamento jurídico é consectário das necessidades oriundas desta classe de pessoas a que se destina o critério legal escolhido para o *discrímen*, totalmente legítima se torna a desigualdade de tratamento jurídico em abordagem.

Em outros termos: todo e qualquer elemento pode ensejar o *discrímen*, desde que se perceba, além de seu cotejo com os preceitos constitucionais, um vínculo de correspondência lógica entre a peculiaridade diferencial pinçada pelo legislador e a desigualdade de tratamento elementar da norma jurídica discriminadora (MELLO, 2007, p.17).

Nesses moldes, a própria Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional, prescrevem expressamente determinadas discriminações

³⁸ *Discrímen* corresponde ao critério utilizado para justificar o tratamento legal diferenciado.

específicas, que têm, por último escopo, motivado por justificativa proporcional, razoável e objetiva, a obtenção da idealizada igualdade substantiva, que respeita os direitos e garantias individuais.

Posto isso, há que se observar que uma das discriminações positivas constantes de nossa legislação, objeto do presente estudo científico, corresponde justamente ao peculiar tratamento jurídico que a Constituição confere às crianças e adolescentes em razão da latente necessidade de se acobertar seus interesses para que se atinja, em última análise, uma igualdade de tratamento com relação aos demais indivíduos pertencentes à sociedade.

Veja-se que, nessa hipótese de discriminação, não foi meramente o fator idade eleito pelo legislador como *ratio* fundamentadora do discrimen - sabido é que a idade, *per se*, jamais poderia constituir motivo suficiente para ensejar um tratamento constitucional diferenciado, porquanto configura um elemento neutro, que, por si só, nada diferencia.

Todos já fomos, um dia, crianças e adolescentes. Da mesma forma, os adolescentes de hoje, um dia, com sorte, envelhecerão. Nesse contexto, não é forçoso concluir que um elemento que atinge a todos de maneira idêntica, tal qual a idade, que decorre do fator tempo, não pode ser isoladamente utilizado como motivo diferenciador de tratamento jurídico.

Nada obstante a essa constatação, quando se fala em concessão de tratamento jurídico ímpar a crianças e adolescentes, verifica-se uma relevante razão que autoriza o tratamento jurídico desigual: os destinatários destas leis especiais são indivíduos em formação, ainda despreparados para a vivência mundana e em nítida desvantagem física, emocional, econômica e psíquica. Não bastasse isso, observa-se que as crianças e adolescentes sequer têm capacidade para pleitear, em juízo, a observância de seus próprios direitos; necessitam, para tanto, da

intervenção de representantes ou assistentes legais, pertencentes à – muitas vezes inimiga – população adulta.

Constata-se, à vista do exposto, que as crianças e adolescentes se encontram, realmente, em posição faticamente desigual se comparada a dos adultos. E essa prejudicial heterogeneidade é razão fundante do *discrímen* legal não por mera intuição, mas porque espelha um motivo justo, legal, lógico e pertinente, que, no seu fim, atende perfeitamente aos desígnios do princípio da igualdade, refletindo uma espécie de discriminação positiva constitucional que merece proteção absoluta.

2.2 Da indiferença penal à proteção integral: mudanças de paradigma

Hodiernamente, a legislação brasileira, fundada no princípio da igualdade (que assegura tratamento desigual aos desiguais), concede à criança e ao adolescente, indivíduos considerados frágeis e vulneráveis³⁹ em razão de sua incompletude psíquica e física, um tratamento jurídico privilegiado, mais benéfico do que aquele originariamente destinado à população adulta.

Sucedem que nem sempre foi assim.

³⁹ Utiliza-se aqui o adjetivo *vulnerável* com o escopo de designar uma classe de indivíduos que a própria Constituição identifica como historicamente reprimida e, por isso, merecedora de um tratamento jurídico mais benéfico, capaz de lhe atribuir uma condição de igualdade com relação aos demais componentes da sociedade, que não mais se encontram em etapa de desenvolvimento físico e psicológico. Não se agrega a essa palavra nenhuma conotação negativa; muito pelo contrário. A vulnerabilidade não menospreza a criança, nem o adolescente; na verdade, aponta a necessidade de se lhes conferir um tratamento jurídico diferenciado, sem em nenhum momento menoscar o seu protagonismo. Nesse sentido é o posicionamento de Martha de Toledo Machado: “A meu ver, crianças e adolescentes merecem, e receberam, do ordenamento brasileiro esse tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres *diversos* dos adultos, soma-se a maior *vulnerabilidade* deles em relação aos seres humanos adultos. É essa *vulnerabilidade* que é a *noção distintiva* fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente *diversos* da noção do *homo médio*. É ela, outrossim, que autoriza a *aparente* quebra do *princípio da igualdade*: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a *desigualdade de fato* e atingir a *igualdade jurídica material* e não meramente formal. De outro lado, a maior *vulnerabilidade* de crianças e adolescentes, quando comparados aos adultos, é outro truísmo: se a personalidade daqueles ainda está incompleta, se as potencialidades do ser humano nas crianças ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, são elas mais fracas; tanto porque não podem *exercitar* completamente suas potencialidades e direitos, como porque estão em condição menos favorável para *defender* esses direitos” (2003, p. 119. Grifos da autora).

Inicialmente, crianças e adolescentes não eram tidos como sujeitos de direitos, mas sim como meros objetos de intervenção. “Seus interesses confundiam-se com os interesses dos adultos, como se fossem elementos de uma mesma simbiose onde os benefícios da união estariam contemplados pela proteção jurídica destinada aos últimos” (PAULA, 2002, p. 11).

Foi tão-somente após uma árdua luta pela concretização formal de direitos infante-juvenis que os indivíduos menores de dezoito anos viram-se sujeitos de direito destinatários de uma proteção legal especial.

A história do direito de crianças e dos adolescentes na América Latina se divide em três etapas: a de caráter penal indiferenciado, a de caráter tutelar e a de caráter garantista.

2.2.1 Etapa penal indiferenciada

Inicialmente, na chamada etapa penal indiferenciada, crianças e adolescentes recebiam tratamento jurídico praticamente idêntico ao dos adultos, já que não se vislumbrava qualquer motivo para que houvesse uma significativa diferenciação. Por vezes, pelo fato de os destinatários das normas penais serem pessoas ainda em desenvolvimento, a legislação vigente à época lhes concedia, no caso da prática confirmada de crimes, tão-somente mera redução de pena, cuja aplicação ficava condicionada ao critério discricionário do julgador, de modo que nada impedia, por exemplo, a imposição de penas severas a pessoas de tenra idade⁴⁰. A execução das penas impostas a crianças e adolescentes ocorria no mesmo ambiente em que se executavam penas de adultos.

Nas palavras de Karyna Batista Sposato,

Diz-se penal indiferenciada a etapa em que as questões relativas a crianças e adolescentes envolvidos em crimes, em toda América Latina, foram tratadas com base nos códigos penais retribucionistas do século XIX, e cuja única diferenciação se limitava à redução de penas, permitindo, todavia, sua execução em estabelecimentos destinados a adultos (2006, p. 27).

⁴⁰ Era o que ocorria, por exemplo, nas Ordenações Filipinas, primeira legislação que previu a possibilidade de redução do *quantum* da pena em razão de o criminoso ainda não ser um indivíduo adulto. Salienta-se, contudo, que a aplicação dessa redução dependia do julgador, que normalmente age de maneira arbitrária e impunha aos adolescentes, sem fundamentação, a pena capital.

Por esse prisma, pode-se dizer que, no Brasil, os primeiros códigos de conduta a que se submetiam crianças e adolescentes eram os mesmos que se destinavam aos adultos e correspondiam a um conjunto de regras consuetudinárias voltadas para as tribos indígenas. Adultos, crianças e adolescentes eram destinatários das mesmas punições. Vigiam as regras retrógradas da vingança privada e da punição pela dor. A punição refletia a imposição ao condenado de uma aflição idêntica ao mal praticado, no preciso significado do ditado popular *olho por olho, dente por dente*. Era a espécie primitiva de pena denominada talião.

Conforme ensina Luiz Eduardo Pascuim,

As crianças eram castigadas, desde a tenra idade, para que aprendessem a portar-se, tendo como exemplo a conduta dos mais velhos. Muitos crimes eram punidos no seio da comunidade indígena: furto, rapto, adultério, homicídio, lesão corporal etc. Esta última era retribuída pelos familiares do ofendido na mesma proporção e no mesmo local, no corpo do ofensor, onde se deu a lesão da vítima [...] (2006, p. 21).

Com as Ordenações Filipinas, surgiram prescrições legais no sentido de que menores de vinte anos poderiam ter uma redução na pena, ao passo que menores de dezessete anos poderiam ter as suas penas substituídas. Independentemente da existência dessas benesses legais, a sua aplicabilidade dependia do arbítrio do julgador, de modo que, na prática, a pena de morte era aplicada tranquilamente, inclusive em face de crianças e adolescentes. Vigiam, à época, as mais severas e perversas punições oficialmente previstas em território brasileiro.

Em 1830, adveio o Código Criminal do Império, inspirado pelas diretrizes humanitárias da Escola Clássica (adoção dos princípios da legalidade e da individualização da pena; punição com natureza estritamente retributiva). Com o referido código, surgiu a figura do discernimento.

Nesse sentido, caso se constatasse que a pessoa menor de catorze anos não possuía condições de discernir acerca da prática de determinado ato delitivo, essa pessoa seria considerada inimputável. Diferentemente, caso se entendesse que a pessoa menor de catorze anos possuía plena noção das consequências da prática

de seus atos criminosos, essa pessoa seria recolhida a uma casa de correção, podendo nela permanecer até os dezessete anos de idade.

Outra inovação desse Código diz respeito à circunstância atenuante da menoridade, aplicável aos menores de vinte e um anos. Já os maiores de quatorze e menores de dezessete anos poderiam, a critério do juiz, ser destinatários de penas de cumplicidade.

O Código Republicano de 1890, também embasado na Escola Clássica, estipulou que menores de nove anos seriam inimputáveis, bem como os menores de quatorze anos que agissem sem discernimento.

Na sequência, a Lei nº. 4242/21, além de submeter o indivíduo com idade entre 14 e 18 anos a um processo especial, eliminou o critério do discernimento, passando a considerar inimputável toda pessoa menor de catorze anos. Pode-se dizer notável essa evolução, tendo-se em vista a falibilidade da aplicação do critério do discernimento para fins de imputação de responsabilidade penal. Para Sérgio Salomão Shecaira,

O critério do discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes de critério da adivinhação psicológica. Além disso, a verificação da aptidão é sempre subjetiva. A distinção do bem e do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar segundo as alternativas do certo e errado, do lícito e ilícito, era tarefa das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente acabava por decidir em favor do menor proclamando-lhe a ausência de discernimento (2008, p. 32).

A partir desse momento, é abandonado o sistema da tutela penal indiferenciada, iniciando-se uma etapa que demonstra preocupação específica com o grupo de crianças e adolescentes que se encontra em solo brasileiro. Trata-se do período histórico de caráter tutelar, que inaugura tratamento jurídico diferenciado ao público infante-juvenil. Não se pode dizer, contudo, que esse tratamento diferenciado era totalmente benéfico às suas crianças e adolescentes.

2.2.2 Etapa Tutelar

A etapa tutelar é identificada pelo surgimento de Tribunais e de uma legislação especial voltada especificamente às crianças e aos adolescentes.

A alteração de paradigma que levou ao término da etapa penal indiferenciada e à inauguração da etapa tutelar se deu, principalmente, em razão do sentimento de repugnância oriundo da constatação de que, naquele período, tanto crianças quanto adolescentes e adultos eram destinados ao mesmo estabelecimento prisional, sendo todos mantidos em situação de promiscuidade. Infelizmente, o Código de 1927 não foi capaz de romper as condutas que eram perpetradas à época, de modo que, na prática, mantiveram-se as prisões conjuntas, que foram legalizadas, em situações de excepcionalidade, pelo Código de 1979. Conforme exposição de Sérgio Salomão Shecaira,

Embora o art. 86 do Código Mello Mattos proibisse expressamente que menores fossem recolhidos à prisão comum, determinando que fossem encaminhados a instituições especiais, a prática judicial da época era a de utilizar os presídios dos adultos, especialmente nos primeiros tempos, pois não havia uma política de atendimento que concretizasse ações voltadas para a privação de liberdade dos menores de dezoito anos [...] (2008, p. 39).

Surgem, nessa nova fase, o Código de Menores de 1927⁴¹ e o Código de Menores de 1979. O primeiro entrou em vigor enquanto vigia o Código Penal de 1890 (embasado na Escola Clássica), ao passo que o segundo surgiu posteriormente à publicação do Código Penal de 1940 (código esse vigente até hoje e que, originariamente, foi influenciado pelas Escolas Clássica e Positiva, possuindo hoje influência finalista).

O Código de Menores de 1927 manteve a inimputabilidade dos indivíduos com menos de quatorze anos (artigo 79⁴²); já o Código de Menores de 1979 não

⁴¹ Esse código de menores ficou conhecido como Código Mello Matos, em razão do sobrenome do juiz titular do primeiro Juizado de Menores do Brasil.

⁴² “Art. 79. No caso de menor de idade inferior a 14 annos indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, si das circumstancias da infracção e condições pessoas d agente ou de seus paes, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixal-o a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiara a pessoa idonea, até que complete 18 annos de idade. A restituição aos paes, tutor ou guarda poderá antecipar-se, mediante resolução judiciaria, e prévia justificação do bom procedimento do menor e daquelles”.

trouxe disposição nesse sentido, trazendo apenas regras procedimentais diversas nos casos de indivíduos com idade de até dez anos ou entre dez e catorze anos (artigos 101 e 102⁴³).

O novo conjunto de regras jurídicas vigentes à época deu início à chamada doutrina da situação irregular, aplicável aos adolescentes menores de dezoito anos que se encontravam na chamada situação irregular.

Nos termos do artigo 2º do Código de 1979, a situação irregular de crianças e adolescentes poderia ser constatada: (a) nos casos de menores abandonados, privados de condições de subsistência; (b) quando os menores encontravam-se submetidos à autoridade de pais que não tinham condições de lhes prover as necessidades básicas; (c) nos casos de menores vítimas de maus tratos ou submetidos a ambientes contrários à moral e aos bons costumes; (d) em se tratando de adolescentes em situação de abandono eventual, privados de representação ou de assistência legal; (e) nos casos de adolescentes com desvios de conduta e (f) nos casos de adolescentes autores de infração penal.

Conforme se extrai das hipóteses acima elencadas, havia, resumidamente, duas espécies de menores: os delinquentes – responsáveis pela prática de atos infracionais – e os carentes, abandonados material ou moralmente – nas demais hipóteses. No primeiro caso, a criança ou o adolescente necessitava da intervenção do Estado para a correção do seu comportamento delitivo. No segundo, também se tornava necessária a intervenção estatal, mas diante de uma espécie de presunção de comportamento delitivo futuro.

⁴³ “Art. 101. O menor com mais de dez e menos de quatorze anos será encaminhado, desde logo, por ofício, à autoridade judiciária, com relato circunstanciado de sua conduta, aplicando-se-lhe, no que couber, o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 99 desta Lei.

Parágrafo único. A autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir, motivadamente, decisão de plano, definindo a situação irregular do menor, ouvido o Ministério Público.

Art. 102. Apresentado o menor de até dez anos, a autoridade judiciária poderá dispensá-lo da audiência de apresentação, ou determinar que venha à sua presença para entrevista, ou que seja ouvido e orientado por técnico”.

Com efeito, a legislação menorista que, nas palavras de Shecaira, via no *menor* “[...] um ser inferior, digno de piedade, merecedor de uma postura assistencial, como se não fosse um ser com suas características próprias de personalidade [...]” (2008, p. 35), conferia ao julgador poder absoluto para, sem observar qualquer princípio ou garantia processual, retirar a liberdade de crianças ou adolescentes, criminosos ou não. Nesse sentido, não só os adolescentes que apresentavam comportamentos delitivos, mas também as crianças e adolescentes que revelavam situações de vida que poderiam sugerir um futuro envolvimento com a criminalidade (por se encontrarem na famigerada situação irregular) poderiam ser encarcerados. Submetia-se aos ditames menoristas, dessa forma, não só o criminoso, mas também o jovem em situação irregular, visto como delinquente em potencial ou, como preferem alguns, como pré-delinquente.

Conferia-se, nessa época, um tratamento discriminatório entre as próprias crianças e adolescentes, já que algumas, derivadas de famílias ricas e de posses, não eram afetadas pelas regras do Direito do Menor, recebendo tratamento exclusivo do Código Civil de 1916. Nesse enfoque, regra geral, apenas os adolescentes decorrentes de famílias pobres se enquadravam na denominada situação irregular, sendo vistos como pré-delinquentes e sofrendo, por consequência, a arbitrária intervenção tutelar estatal - que poderia implicar, inclusive, a internação desses indivíduos por prazo indeterminado e independentemente da prática de qualquer conduta desvaliosa. Esse determinismo para a prática do crime que afetava crianças e adolescentes carentes decorria da crença de que esses indivíduos eram seres atávicos, doentes, sem livre arbítrio, no sentido trazido pelos estudos da Escola Positivista.

Nota-se aqui a presença do idealismo vigente nos tempos positivistas, que admitia a cisão dos indivíduos em grupos diferentes, merecedores de tratamentos jurídicos diferentes, a depender da possibilidade de cada indivíduo conhecer a verdade por meio de uma representação correta da realidade. Assim, crianças e adolescentes derivados de famílias de posses poderiam ser devidamente instruídos e conhecer a verdade; logo, não necessitariam da intervenção Estatal, já que sequer tangenciariam as regras voltadas para menores. Já os filhos de famílias pobres

estariam distantes da verdade; conseqüentemente, poderiam se colocar em situação de irregularidade, necessitando da tutela do Estado.

No dizer de Karyna Batista Sposato,

O resultado final, ou pelo menos o mais perverso deles, é a persuasão dos excluídos sobre a legitimidade de sua exclusão. Na medida em que os privilégios da burguesia não aparecem como tais, os deserdados se convencem de que devem seu destino escolar e social à ausência de dons ou de méritos (2006, p. 41).

Assim, entendia-se que os menores abandonados, advindos de famílias carentes, se ainda não haviam delinqüido, estariam prestes a delinqüir, motivo pelo qual precisariam de uma tutela Estatal preventiva⁴⁴. Nos dizeres de Karyna Batista Sposato, “trata-se da realização da profecia: menores abandonados hoje, menores delinqüentes amanhã” (2006, p. 35).

As inúmeras condutas passíveis de adequação a uma das vagas hipóteses de situação irregular faziam com que qualquer juiz, com um mínimo esforço e uma máscara de benevolência, pudesse destinar, por tempo indeterminado, qualquer criança ou adolescente pobre a uma casa de correção. Operava-se, assim, um movimento de higienização social, de retirada de potenciais delinqüentes juvenis da vista da sociedade – tudo isso em perfeito acordo com ditames legais positivistas.

Nesse contexto, a critério do julgador, que muitas vezes amparava seus posicionamentos em conceitos médicos, psicológicos, éticos ou até mesmo morais, qualquer situação tida como irregular poderia dar ensejo à determinação, no seio de um processo antigarantístico, de uma internação sem prazo certo, que poderia perpetuar até o atingimento da idade adulta, inclusive nos casos de decisão judicial que absolvesse o adolescente da prática de eventual ilícito (artigo 73 do Código de 1927).

⁴⁴ Para Martha de Toledo Machado, “*Permissa Venia* da insistência e da crueza de minhas palavras, note-se a perversidade da ardilosa construção intelectual: o carente pode ser privado de liberdade, sob presunção de que ele é o futuro delinqüente; aquele que delinqüiu efetivamente pode ser encarcerado sem observância das *garantias* individuais que continuaram a ser conferidas aos adultos, sob a falaciosa premissa de que ele está sendo *protegido* pelo Estado, uma vez que a medida jurídica imposta pela prática do crime (internação em reformatório) é essencialmente a mesma aplicada ao carente e ao abandonado” (2003, p. 48. Grifos da autora).

Era essa a ideia transmitida pelo Código de Menores de 1927, em seu artigo 24, §2º:

Se o menor for abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de 21 anos.

Outra regra trazida pelo Código de 1979 tornava ainda mais preocupante a intervenção do Poder Judiciário sobre a liberdade humana: tratava-se da possibilidade de o jovem condenado com base no procedimento especial, ao completar 21 anos de idade, ser simplesmente encaminhado para o sistema das execuções penais do adulto e de ali permanecer, durante a vida adulta, por prazo realmente indeterminado, até a constatação arbitrária do real desaparecimento dos motivos que deram azo à instauração da medida de privação de liberdade.

Tudo isso, infelizmente, em prol de um suposto, vago e questionável *bem-estar* dessas crianças e adolescentes: as medidas previstas naqueles Códigos, mesmo que privativas de liberdade, eram vistas como necessárias ao correto desenvolvimento de crianças e adolescentes, pessoas consideradas débeis, e, por isso, passíveis do “tratamento” que a lei lhes oferecia.

Nota-se, nessa etapa, demasiada similitude com os pensamentos reinantes na já estudada Escola da Defesa Social, que, visando à manutenção da ordem pública, pretendia aplicar medidas de caráter educativo com o intuito de *curar* os responsáveis pela prática de ilícitos. Essa Escola não via presente o poder punitivo do Estado, por entender que o cidadão que infringisse suas normas seria merecedor não de punição, mas de um tratamento educativo, capaz de ressocializá-lo no seio da sociedade⁴⁵.

Da mesma forma, na seara do Direito do Menor, perseguia-se, ao invés da punição dos crimes, a *cura* dos infratores por meio da imposição de um tratamento

⁴⁵ Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “[...] a ‘nova’ Defesa Social potencia, por outro lado, a finalidade ressocializadora do castigo, compatível com a finalidade protetora da sociedade, precisamente porque acolhe uma imagem do delinquente, do homem-delinquente, como membro da sociedade, chamado a nela se reincorporar, o que obriga a respeitar sua identidade e dignidade. É uma imagem bem distinta do ‘pecador’ (dos clássicos), da ‘fera perigosa’ (dos positivistas), da do ‘inválido’ (dos correcionalistas) ou da ‘vítima’ (do marxismo)” (2002, p. 207).

ressocializante. Visando a alcançar tal desiderato, o julgador poderia se intrometer na esfera do poder familiar e decidir livremente acerca da colocação de crianças e adolescentes em internatos, independentemente da prática de ilícitos penais. Bastaria, assim, a constatação de uma vaga *situação irregular*, que poderia ser configurada, por exemplo, pelo quadro de abandono decorrente do desleixo dos pais⁴⁶ para que estes adolescentes fossem postos em instituições totais por tempo indeterminado.

Não restam dúvidas, diante disso, de que a etapa tutelar dava ensejo à instalação de um Direito penal do autor: punem-se não condutas proibidas (isto é, fatos), senão pessoas, em razão de suas características pessoais. No dizer de Zaffaroni, “[...] não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva” (2009, p. 107).

Verifica-se que, com a criação, nesta etapa, de Códigos voltados ao público infanto-juvenil, crianças e adolescentes passaram a receber um tratamento que, embora fosse especializado, não os beneficiava; ao contrário, as novas normas jurídicas vinham de encontro aos interesses das crianças e adolescentes que, sob o disfarce da necessidade de imposição de uma *tutela* legal, poderiam ter a sua liberdade facilmente cerceada pelo simples fato de se encontrarem em uma vaga situação irregular. Essa discriminação legal negativa não encontra amparo no princípio da igualdade.

Na etapa tutelar, portanto, escondia-se, debaixo de um disfarce curativo, um Direito penal antigarantista, preconceituoso e desproporciona, que via nas crianças e adolescentes não sujeitos de direitos, mas objetos de intervenção do Estado, que, dotado de instrumentos discricionários, poderia impor a esses indivíduos medidas antigarantistas assecuratórias da ordem social.

⁴⁶ Surpreende a constatação de que, quando os pais de uma criança ou adolescente não cumpriam as suas obrigações legais de sustento e cuidado dos seus filhos, ao invés de se buscar a intervenção do Estado na família para fazê-la prosperar ou a punição desses genitores, quem restava punido era a criança ou o adolescente, que, embora não tivesse feito nada de errado – sendo vítima da situação - poderia ter sua liberdade cerceada para além da sua idade adulta.

Essa situação se alterou com o advento da Constituição de 1988 e com a consequente promulgação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2.3 Etapa Garantista

Antes de ingressar o estudo dessa etapa evolutiva, parece interessante esquematizar rapidamente um histórico internacional dos direitos humanos e, especificamente, dos direitos de crianças e adolescentes.

Nesse sentido, pode-se constatar, inicialmente, que a Antiguidade não conheceu direitos humanos. Nas palavras de Darcy Azambuja,

apenas a liberdade política se poderia dizer que existiu nos Estados gregos do período democrático, pois os cidadãos das cidades da Grécia tinham participação direta e efetiva no governo [...]. A maior parte da população era formada pelos escravos, sem direitos de espécie alguma, simples coisas de propriedade dos homens livres (2003, p. 154).

Não surpreende, por isso, o fato de que não se conferia qualquer direito às crianças e adolescentes àquela época. A propósito exemplificativo, note-se que competia, em Esparta, aos conselhos de anciãos decidir pela vida ou pela morte dos recém-nascidos (apenas os saudáveis e suficientemente robustos viveriam, pois poderiam se tornar bom soldados de guerra). Demais disso, ao atingirem sete anos de idade, as crianças se desvincilhavam dos pais e passavam à custódia plena do Estado, ocasião em que eram preparadas para, aos dezoito anos, ingressar no exército. Os direitos políticos apenas surgiriam quando - e se - o indivíduo branco completasse vinte e oito anos de idade.

Após um largo salto na História, surgem, em 1215, na Inglaterra, alguns indícios da igualdade civil, advindos da *Magna Charta Libertarum*, assinada pelo rei João Sem Terra. Inobstante isso, as restrições impostas pelos barões e prelados à autoridade da coroa não importaram, como era de se esperar, quaisquer vestígios de direitos dirigidos a crianças e adolescentes.

Data de 1789 a mais completa declaração de direitos individuais até então redigida. A Assembléia Constituinte Francesa, inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, elaborou, no transcurso da Revolução Francesa, com base síntese do pensamento iluminista liberal e burguês, norteado pelo lema *Liberté, Egalité, Fraternité*, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não se notam direitos específicos da criança e do jovem, mas é de ver-se que os ditames contidos nesta Declaração se destinavam a todos os membros da sociedade, indistintamente. Isso porque, vale salientar, não se via nenhum motivo, nessa época, para a discriminação positiva de crianças e adolescentes, que eram vistos simplesmente como adultos em miniatura pertencentes aos seus responsáveis legais.

Ainda sem se destinar especialmente aos seres humanos em processo natural de socialização e desenvolvimento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, merece destaque porquanto corresponde a um dos principais marcos legais da garantia dos direitos do homem (adulto).

A renomada humanista Flávia Piovesan bem explica que

a Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob forma de resolução que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55 (1997, p. 162)

Conforme preleciona a supra mencionada autora, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vieram, posteriormente, a alargar o rol dos direitos constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a conferir-lhes, de forma indiscutível, força obrigatória e vinculante (PIOVESAN, 1997, p. 176).

Em 26 de setembro de 1924 surge a primeira declaração internacional que se destina a traçar direitos e garantias especificamente a seres humanos vistos como

frágeis, por se encontrarem ainda em processo de formação. Trata-se da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada em 1959, que traz dez princípios-chave de suma importância, destinados a propiciar o saudável desenvolvimento e amadurecimento do jovem, bem como a sua integração no meio social.

Nesse período, vigia, no Brasil, a chamada etapa tutelar do *menor*, respaldada em um conjunto de regras jurídicas cujo conteúdo divergia diametralmente dos mandamentos dessa Declaração.

Nada obstante, essa flagrante incompatibilidade de princípios jurídicos não restou nitidamente evidenciada à época, tendo-se em vista que a Declaração dos Direitos da Criança não manifestou a eficácia desejada, tendo funcionado mais como um guia de atuação do que como um Diploma Internacional obrigatório com força executiva.

Nos dizeres de Shecaira,

[...] O primeiro instrumento internacional de grande importância foi a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela assembléia da Sociedade das Nações, em 26 de setembro de 1924, também conhecida como Declaração de Genebra. Os princípios básicos que a Declaração de Genebra introduziu em nível internacional construíram o embrião para desenvolvimento progressivo das normas internacionais de proteção à criança. O texto preconiza a idéia de que a responsabilidade pelo cuidado da criança é coletiva e internacional. Por ter uma preocupação mais teórica, sem consequências práticas, muitas vezes é um texto considerado de menor relevância (2008, p. 49/50).

De qualquer forma, os princípios constantes da Declaração em comento restaram inseridos em diversos outros tratados e convenções internacionais, documentos estes que alcançaram alto índice de aprovação e de efetividade. Nesse sentido, merecem destaque as Regras de Beijing (Regras Mínimas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985); as Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1988); a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; e as Regras de Tóquio (Regras

Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade, de 1990).

Esses tratados, cujos conteúdos encontram-se intrinsecamente entrelaçados, conferiram a crianças e adolescentes um tratamento jurídico e social capaz de promover os direitos decorrentes da condição humana desses indivíduos.

A partir de então, por força das regras de âmbito internacional, crianças e adolescentes foram elevados à condição de sujeitos de direitos; conseqüentemente, todos os direitos que acobertavam o mundo adulto também passaram a alcançar pessoas que, por força da natureza, ainda não se encontravam plenamente desenvolvidas. Mais que isso, em razão da reconhecida situação de pessoas em desenvolvimento desses indivíduos, a comunidade internacional se inclinou no sentido da necessidade de discriminá-los positivamente, fazendo emergir, também no manto internacional, direitos especiais específicos da população infanto-juvenil.

Nesse contexto, emergiu a constatação de que as regras jurídicas vigentes no âmbito interno do Brasil, referentes ao chamado Direito do menor, não se coadunavam com os ditames dos novos tratados internacionais que vinham sendo ratificados pelas autoridades brasileiras.

Noutras palavras, a chamada etapa tutelar, que via crianças e adolescentes como seres inferiores, débeis, doentes e que, enquanto objetos de intervenção estatal, poderiam ser submetidos, independentemente de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, às vagas medidas previstas em lei (mesmo que privativas de liberdade) com vistas ao desfazimento de uma suposta situação irregular encontrava-se em conflito direito com as novas regras internacionais, que tratavam a criança e o jovem com dignidade e respeito.

Isso porque os princípios e garantias que inegavelmente compunham o manto de proteção jurídica dos adultos ganharam implícita ou explícita previsão em tratados internacionais voltados para o público infanto-juvenil, documentos esses que restaram ratificados pelo Estado brasileiro. É o que se extrai, exemplificativamente, do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que,

com o fito de assegurar um mínimo de proteção processual às crianças e adolescentes, prevê, expressamente, as seguintes garantias: da reserva legal (“que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos”), da presunção de inocência (“ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei”), da publicidade (“ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela”), da defesa técnica (“dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa”), da celeridade, do juiz natural e do devido processo legal (“ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei”), do direito ao silêncio (“não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada”), da igualdade processual (“poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições”), do duplo grau de jurisdição (“se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei”), da assistência judiciária gratuita (“contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado”) e do segredo de justiça (“ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo”).

Diante desse quadro, para fins de adequação normativa, fazia-se indispensável uma drástica modificação de paradigma no trato que a legislação menorista interna conferia às crianças e aos adolescentes. Surgiu a necessidade, nesse momento, de adoção, no âmbito interno, da principiologia jurídica já abraçada pela comunidade internacional: uma nova doutrina, garantista, chamada de Doutrina da proteção integral, capaz realmente de atender os anseios da camada social da infância e da juventude.

Posto isso, cumpre destacar que, paralelamente ao dever do Brasil de assegurar a vigência, no âmbito interno, de obrigações contraídas internacionalmente em razão da ratificação de diversos tratados internacionais, outro fator estimulou, de forma sensível, o exponencial desenvolvimento da atual doutrina que regula os interesses da criança e do adolescente, qual seja: a necessidade do Estado Brasileiro de atualizar sua legislação doméstica em face do desvanecimento do regime militar.

No dizer de Flávia Piovesan,

após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no país [...], a transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Esse processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional (1997, p. 53/55).

Noutros termos, o processo de redemocratização brasileiro certamente impulsionou a implementação dos direitos fundamentais no texto constitucional. Deveras, é característica intrínseca do regime democrático a prescrição de direitos fundamentais, destinados a todo indivíduo dotado de dignidade, seja ele criança, adolescente ou adulto. Tanto é assim que a Constituição de 1988 situa o Brasil como um Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito – constitucional porque vincula a atuação do legislador à força normativa da Constituição Federal; democrático porque, consoante prescrição do parágrafo único do artigo 1º do texto constitucional, todo poder emana do povo, que manifesta materialmente a sua vontade por intermédio dos seus representantes diretamente eleitos; social, porquanto seus objetivos, estruturados nos incisos de seu artigo 3º (a busca por uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais), implicam a constituição de um *Welfare State*, com a garantia de intervenção positiva do Estado nos âmbitos social, econômico e laboral.

Dessa forma, dada a nova conjuntura social vigente no Brasil no período pós-ditadura, não mais havia espaço para sistemas normativos que reforçassem entendimentos doutrinários tais como os da retrógrada doutrina da situação irregular.

Constata-se, diante disso, que a resposta do Estado brasileiro diante das demandas internacional e interna de modificação de sua legislação no que toca à defesa dos direitos da infância e da juventude importou a promulgação, em 1988, de uma nova Constituição, cujo conteúdo transborda respeito, dignidade e igualdade, inclusive a crianças e adolescentes, indivíduos não mais vistos como pessoas doentes, senão como seres humanos destinatários de proteção integral.

Nesse sentido, o artigo 227 da nova Constituição compreende, além da resposta do Estado nacional perante a celeuma internacional que ecoava a necessidade de positivação dos direitos infanto-juvenis, o brado do povo brasileiro pela necessidade de urgente modificação dos alicerces legais que norteavam a posição do ser humano diante do Estado e dos demais membros da sociedade, restituindo-se, no que concerne à criança e ao adolescente, tudo aquilo que lhes havia sido recusado no âmbito de suas relações sociais.

Conforme preceitua esse dispositivo constitucional:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Foi inaugurada, assim, a etapa garantista, caracterizada por conferir a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, a observância de uma série de garantias e o reconhecimento de diversos direitos, processuais e materiais, responsáveis por assegurar um núcleo mínimo de dignidade existencial ao público infanto-juvenil. Deu-se início, assim, à vigência, em território brasileiro, da Doutrina da Proteção Integral.

2.3 A nova principiologia jurídica

Conforme visto acima, o texto constitucional de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.079/90) lograram regulamentar, no cenário jurídico brasileiro interno, a novel doutrina da proteção integral, que, pela primeira vez, tratou crianças e adolescentes como seres humanos e os promoveu à categoria de sujeitos de direitos. Trata-se esses documentos de um verdadeiro marco evolutivo, que trouxe aos seus destinatários o reconhecimento de direitos que antes nunca se imaginou que lhes seriam assegurados.

Nas palavras de Wilson Donizeti Liberati,

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico. Essa mudança é significativa, pois considera a partir de agora, que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos, independente de sua condição social. E a lei deverá respeitar essa condição peculiar, característica singular desses sujeitos, que, até então, tinham direitos, mas que não podiam exercer-los, em face de sua pouca inserção social e pela submissão incondicional ao poder familiar. Nesta perspectiva, criança e adolescente são os protagonistas de seus próprios direitos (LIBERATI,2006, p. 27).

Posto isso, verifica-se que, com a Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes passam a receber tratamento especial, diferenciado, mais benéfico do que aquele destinado ao adulto, justamente em razão de o legislador constituinte ter passado a enxergar a necessidade de efetiva proteção jurídica dos menores de dezoito anos, seres humanos mais frágeis do que um ser humano maduro. Não se duvida do fato de que esses indivíduos recebem com desvantagem psicológica os direitos e as obrigações constantes de nossos códigos proibidores de condutas.

Em sendo assim, reconhecendo e respeitando a condição das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direitos em desenvolvimento, condição esta que os diferencia negativamente dos demais indivíduos componentes da sociedade (os quais correspondem, regra geral, a pessoas maiores e capazes e que, por isso, podem naturalmente reger as suas vidas em sociedade e assumir as consequências decorrentes das suas condutas), o legislador constituinte optou por lhes ofertar um

tratamento desigual, *na medida de sua desigualdade*, objetivando o alcance da igualdade substancial.

Por esse prisma, o artigo 227 da Constituição Federal confere às crianças e aos adolescentes um tratamento jurídico diferenciado, baseado, entre outros, nos seguintes princípios: (a) respeito à peculiar situação de desenvolvimento, (b) prioridade absoluta e (c) melhor interesse do adolescente em conflito com a lei.

O primeiro princípio acima elencado, atinente ao respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, confere à família, à sociedade e ao Estado o dever de proteger crianças e adolescentes de acordo com as especificidades de sua idade, de modo a lhes garantir um desenvolvimento digno e um saudável atingimento à vida adulta.

Com efeito, é direito de toda criança e de todo adolescente não só a vivência de uma infância e uma adolescência dignas, mas também de alcançar a idade adulta com pleno atendimento de seus direitos fundamentais.

Cada ser humano, a depender do estágio de desenvolvimento físico e psicológico em que se encontre, demanda a satisfação de necessidades específicas, indispensáveis ao natural atingimento da próxima etapa natural do seu crescimento.

Dessa forma, o ordenamento jurídico infanto-juvenil, considerando as especificidades das necessidades de cada ser humano de acordo com a sua faixa etária, confere a esses indivíduos um sistema tripartite de garantias que objetiva impedir, a todo custo, a violação dos seus direitos. Existem, em razão desse sistema, políticas públicas voltadas especialmente para crianças e adolescentes (sistema primário de garantias), medidas de proteção para crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco (sistema secundário de garantias) e medidas socioeducativas nos casos em que os próprios adolescentes se colocam em situação de violação de direitos devido à prática de um ato infracional (sistema terciário de garantias).

Melhor esclarecendo, o sistema primário de garantias confere a todas as crianças e adolescentes, sem distinção, o acesso a políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais especiais (direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar etc).

O sistema secundário de garantias, por sua vez, já não se destina a todos os menores de dezoito anos, mas apenas às crianças e adolescentes que já tiveram os seus direitos violados de alguma forma, quer em razão de uma negligência da família, quer em razão da inércia da sociedade, do Estado ou até mesmo nos casos de uma conduta indevida da própria criança ou adolescente prejudicial aos seus próprios interesses. As medidas aplicáveis por meio do sistema secundário são chamadas de medidas protetivas (ou medidas de proteção), têm previsão nos artigos 98 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente e podem ser impostas tanto pelo juiz quanto pelo Conselho Tutelar.

O sistema terciário de garantias, por fim, é ainda mais restrito: aplica-se somente a adolescentes (e não a crianças) que se encontrem em uma situação de violação de direitos decorrente de uma conduta perpetrada por eles próprios. Em outros termos, o sistema terciário é acionado quando um adolescente pratica ato infracional e pode acarretar a imposição de uma medida socioeducativa (artigo 112 do Estatuto).

Esse sistema tripartite de garantias é esquematizado por Leoberto Narciso Brancher na forma de um semáforo⁴⁷. Particularmente, prefiro, na linha de Antônio Carlos Gomes da Costa, ilustrar o tema por meio de um conjunto formado por três círculos concêntricos: o círculo externo, maior de todos, abarca qualquer criança ou

⁴⁷ De acordo com o referido juiz, cujos ensinamentos foram extraídos da obra de Karyna Batista Sposato, o sistema primário de garantias poderia ser representado pelo sinal verde, pois, ao mesmo tempo que atinge a todos, corresponde a um comando para o administrador público agir; o sistema secundário, por sua vez, é representado pelo sinal amarelo, pois exige maior atenção do aplicador do Direito, à vista da situação de violação de direitos vivenciada pela criança ou adolescente; já o sistema terciário é identificado pelo sinal vermelho – apenas atinge adolescente autor de ato infracional e se restar demonstrado que os demais sistemas falharam no processo socioeducativo (Cf. 2006, p. 52).

adolescente, que tenha ou não tido os seus direitos violados (sistema primário); o círculo intermediário alcança tanto crianças quanto adolescentes, desde que estejam em situação de violação de direitos (sistema secundário); o círculo menor se limita a abranger o adolescente supostamente autor de ato infracional que, malgrado tenha sofrido a intervenção dos sistemas constantes dos demais círculos, continue na situação de violação de direitos (sistema terciário).

Dessa maneira, o princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento assegura a crianças e adolescentes, em três diferentes níveis, a satisfação dos seus direitos fundamentais inerentes à sua condição de pessoas em desenvolvimento e, por isso, destinatárias de um sistema jurídico que as discrimine positivamente.

O princípio da prioridade absoluta, por sua vez, com previsão no artigo 4º do Estatuto⁴⁸, coloca a necessidade de satisfação dos direitos das crianças e dos adolescentes em posição de primazia, pois é sabido que, embora a infância e a juventude correspondam apenas a um pequeno período da vida de um ser humano, é nessa etapa que devem ser satisfeitos direitos bastante significativos para o desenrolar saudável de uma vida inteira.

Realmente, torna-se evidente a necessidade de maiores cuidados com a alimentação durante as primeiras fases da vida, visto que uma criança que não recebe nutrição adequada em tal período certamente será um adulto subnutrido, com diversas deficiências no organismo e, por isso, mais suscetível à contração de doenças e problemas físicos.

Na mesma linha, os problemas relativos à saúde, de uma maneira geral, merecem total atenção desde os primeiros anos de vida. Veja-se que a não aplicação de determinada vacina em um recém-nascido poderá acarretar sequelas inafastáveis a esse indivíduo, sequelas essas que o perseguirão por toda a vida.

⁴⁸ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Considere-se ainda os fatores psicológico e social: a vivência da criança ou do adolescente em um ambiente insalubre, envolto por drogas ou por comportamentos ilícitos certamente implica máculas psicológicas que muito dificilmente serão apagadas de sua vida. Ademais, na infância e na adolescência também são necessários maiores cuidados relativos à satisfação de direitos relativos à sua educação e à sua socialização, já que é nessa etapa da vida que esses indivíduos constroem a sua personalidade, seus ideais e os seus valores sociais. Em sendo assim, não é difícil constatar que um indivíduo que não receba educação adequada desde a infância terá dificuldades na obtenção de um emprego digno no futuro.

Assim, pode-se afirmar que crianças e adolescentes apenas lograrão atingir a idade adulta de uma forma saudável caso haja a satisfação imediata dos direitos específicos que desabrocham ainda durante as fases da infância e da adolescência. Dessa forma, pode-se dizer que as necessidades de crianças e adolescentes devem ser atendidas com absoluta prioridade, sob pena do comprometimento do salutar desenvolvimento desses indivíduos.

É do princípio da prioridade absoluta que decorre a garantia de julgamento preferencial das demandas que tramitam nas Varas da Infância e da Juventude⁴⁹.

Por fim, o princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, consectário lógico do princípio do melhor interesse (que alcança todos os indivíduos com idade inferior a dezoito anos), assegura que ao adolescente acusado da prática de infração penal sempre seja destinado tratamento jurídico mais benéfico do que aquele que um adulto em idênticas condições receberia.

Com efeito, forçoso é compreender que, se pelo princípio da igualdade decidiu-se diferenciar beneficentemente a criança e o adolescente na medida em que eles, diferentemente dos adultos, se encontram em especial condição de

⁴⁹ Cumpre destacar, nesse momento, que o princípio da prioridade absoluta destinado a crianças e adolescentes prepondera sobre o princípio de mesmo nome que regula a situação do idoso no ordenamento jurídico deste país. Isso porque, enquanto o princípio de prioridade absoluta destinado ao idoso tem previsão apenas legal (pois consta do artigo 3º da Lei nº. 10741/03), o princípio da prioridade absoluta destinado a crianças e adolescentes encontra guarida no texto constitucional, possuindo, por isso, preponderância de aplicação sobre as regras de natureza infraconstitucional.

desenvolvimento, seria um contrassenso conferir, quer por meio de lei em tese, quer por meio da aplicação concreta de lei a um caso específico, tratamento jurídico mais prejudicial a um adolescente do que a um adulto que se encontre em semelhante situação de fato.

Ora, se essa situação fosse admissível, melhor seria não se aplicar lei especial alguma, impondo-se ao jovem as leis do adulto. Assim agindo, seriam totalmente inócuos os preceitos da doutrina da proteção integral.

Como, contudo, se optou pelo tratamento diferenciado da de indivíduos com idade inferior a dezoito anos, o que inclui os adolescentes em conflito com a lei, o princípio do melhor interesse assegura que a esses indivíduos não se pode conferir, em nenhuma hipótese, tratamento mais prejudicial do que aquele que um adulto em idênticas circunstâncias fáticas receberia.

Dessa forma, não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988, com base em um critério de desisonomia seletiva⁵⁰, conferiu às crianças e aos adolescentes um tratamento jurídico diferenciado, mas com a finalidade de os proteger substancialmente, assegurando-lhes direitos especiais respaldados em um sistema de princípios normativos de aplicação imperativa.

Conclui-se, portanto, que a Constituição de 1988, ao inaugurar a doutrina da proteção integral, buscou conferir a crianças e adolescentes, em razão da sua natural situação de pessoas em desenvolvimento, um tratamento mais adequado, efetivamente benéfico, diverso daquele que, no período tutelar, visando a um suposto *bem-estar* do *menor*, na verdade lhes importava uma discriminação negativa disfarçada. Com a normativa constitucional vigente, composta de regras e princípios jurídicos de aplicabilidade imediata, destinados a crianças e adolescentes, passou-se a encarar esses indivíduos como sujeitos de direitos, destinatários não só dos direitos e garantias constitucionais gerais, senão também de um sistema jurídico

⁵⁰ Utiliza-se a expressão desisonomia seletiva para traduzir a situação de desigualdade intencional, provocada pela lei, como forma de se alcançar a almejada igualdade material pretendida pela Constituição.

especial de garantias que objetiva galgar patamares de igualdade material, assegurando-lhes o atingimento da idade adulta com saúde, dignidade e bem-estar.

Cumpre, agora, fazer uma importante observação: ao se afirmar, com base nesse critério de desisonomia seletiva, que crianças e adolescentes são merecedores de um conjunto de direitos e garantias especiais, que lhes assegura um tratamento jurídico mais benéfico, não se está dizendo que esses indivíduos também não sejam destinatários de deveres. Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, mas também arcam com responsabilidades, porquanto possuem personalidade jurídica⁵¹.

E aqui surgem duas perguntas: em se tratando de adolescentes, essa responsabilidade alcança a seara penal? E, se a resposta é afirmativa, aplicam-se as regras do Direito Penal ao adolescente em conflito com a lei?

É o que veremos no próximo item.

2.4 A natureza do ato infracional e as finalidades da medida socioeducativa

Ato infracional, em um conceito formal, nos termos do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, corresponde ao ato tipificado como crime ou contravenção penal quando praticado por um indivíduo menor de dezoito anos (princípio da tipicidade remetida). Pode-se afirmar, assim, sem eufemismos: crianças e adolescentes praticam crimes. Só que a terminologia correta para o crime praticado por criança ou adolescente é *ato infracional*.

Não poderia ser diferente. Isso porque, segundo a teoria bipartite, crime, no seu conceito analítico, corresponde ao fato típico e ilícito⁵². Basta, assim, que um fato seja típico e ilícito para que seja considerado crime (exemplo: subtrair coisa alheia móvel sem o escudo de qualquer excludente da ilicitude). A culpabilidade (que é constituída, no Código Penal, dentre outros elementos, pela imputabilidade) não

⁵¹ Nas palavras de Maria Helena Diniz, “liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (DINIZ, 2003, p. 116).

⁵² Não custa relembrar: típico é o fato descrito taxativamente em norma penal incriminadora. Ilícito é aquele contrário ao Direito (ou seja, que não é praticado em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

integra o conceito de crime. Logo, para que haja crime, não se exige imputabilidade: crianças e adolescentes, portanto, também praticam crimes⁵³. Só que a eles são impostas, por força constitucional, não as penas previstas no Código Penal, mas uma responsabilidade especial, descrita no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A questão poderia ser analisada ainda sob outro aspecto. Crime, na sua acepção formal, nada mais é do que um fato humano previsto em uma lei como tal⁵⁴. Se utilizarmos como exemplo o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal, percebemos que esse delito incrimina a conduta humana *matar alguém*. Fato é que tal conduta, sendo praticada por criança, adolescente ou adulto, tem previsão em lei incriminadora. Posto isso, nota-se que, se um adulto pratica essa conduta e mata uma pessoa, o crime supracitado está consumado. Diante desse raciocínio, como se poderia afirmar que um adolescente que manifesta o mesmo comportamento (matar alguém) não pratica crime – no caso, o de homicídio? Seria ilógica tal afirmação.

Praticado um *crime* (ato infracional) por criança, por razões de política criminal não há qualquer espécie de responsabilização. Isso porque se entende que o indivíduo menor de doze anos não possui preparo psicológico para entender o que é proibido ou se autodeterminar diante de comportamentos taxados como proibidos. A criança também poderia ter dificuldades de compreender o próprio castigo que, aliás, revelar-se-ia demasiadamente prejudicial ao seu desenvolvimento: a criança está construindo sua personalidade, e deve fazê-lo ao lado e sob a orientação dos pais ou da família. Afinal, não se deve esquecer que, nos termos do artigo 227 da Constituição, é dever da família, em primeiro plano, assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes.

⁵³ Imputabilidade é a possibilidade de imputação de pena. Nossa Constituição diz serem inimputáveis os menores de dezoito anos. Mas esses menores de dezoito anos podem praticar crimes, já que a imputabilidade não é exigida para a configuração de um crime.

⁵⁴ Não se pode dizer que, para a configuração de crime, se exige previsão de uma das penas do artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal (reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com multa). Isso porque o Código Penal é de 1940 e, na época de sua elaboração, o legislador jamais poderia ter imaginado que a nossa Política Criminal levaria ao movimento de despenalização dos dias de hoje, que prevê, no lugar de penas, outras espécies de medidas, como é o caso das penalidades previstas para o autor do crime de porte de drogas para consumo pessoal, constantes do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Seguindo esse raciocínio, não restam dúvidas: medida socioeducativa constitui uma infração *sui generis*.

Praticado um ato infracional por criança, o Estado renuncia ao seu poder de punir, conferindo à família o dever de educar e punir o infante infrator, em conformidade com o nível da sua capacidade de entendimento (princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento).

Com isso, conclui-se que a criança, embora seja civilmente responsável, não possui qualquer grau de responsabilidade penal. À criança que pratica ato infracional podem ser impostas medidas protetivas⁵⁵, de cunho pedagógico, jamais medidas socioeducativas.

Se o ato infracional é praticado por adolescente, a questão muda de foco.

O artigo 228 da Constituição Federal determinou que são inimputáveis os menores de dezoito anos, sendo estes destinatários de uma responsabilidade especial. O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei federal que regula a matéria, apregoa que os adolescentes (indivíduos com idade de doze a dezoito anos), quando praticam atos infracionais, respondem pela sua prática, através do cumprimento das chamadas medidas socioeducativas. Nota-se, assim, presente uma responsabilização penal do adolescente, pessoa que, embora ainda não tenha alcançado a totalidade do seu desenvolvimento psicológico (motivo pelo qual não é destinatário das penas dos adultos), já possui maior capacidade de entendimento e maior grau de discernimento do que uma criança, merecendo, pois, sofrer uma responsabilização estatal, caracterizada por ser especial (porque prevista em lei especial) e mitigada (por ser menos traumática do que a do adulto), em respeito à incompletude do desenvolvimento psicológico do adolescente⁵⁶.

⁵⁵ Não contendo qualquer viés punitivo, as medidas protetivas podem ser impostas a crianças e adolescentes não só pelo órgão jurisdicional, senão também pelo Conselho Tutelar, nos termos do artigo 136, I, do Estatuto.

⁵⁶ Antes dos dezoito anos de idade, o ser humano ainda não formou completamente a sua personalidade. A partir da adolescência, esse indivíduo vivencia uma crise de comportamento e um constante questionamento acerca de sua real identidade e do seu papel no mundo. A grande turbulência hormonal existente no corpo de um adolescente fa-lo agir por impulso, evidenciando dificuldades de autodeterminação. Diante desse quadro, pequenas transgressões por parte dos adolescentes são tidas como naturais, na medida em que integram uma etapa de amadurecimento do indivíduo (cf. MACHADO, 2003, p. 308), mas não devem passar despercebidas, merecendo atenção da família e dos membros da sociedade (educadores, psicólogos, assistentes sociais, conselheiros tutelares etc), que devem mostrar ao adolescente que aquele tipo de comportamento não deve se repetir. Falhando a família e a sociedade, cabe ao Estado intervir, surgindo, para ele, o poder de aplicar medidas socioeducativas (se necessárias) diante da prática comprovada de um ato infracional.

Note-se que o próprio Estatuto, ao destacar, em seu artigo 6º, que se deve levar em conta para fins de interpretação de suas regras as *exigências do bem comum* está, indiscutivelmente, evidenciando que as medidas socioeducativas revestem-se de finalidade também retributiva⁵⁷, já que correspondem a uma punição ensejadora da manutenção da ordem social.

Nessa linha, independentemente da constatação de que os adolescentes merecem um tratamento jurídico díspar, porque se encontram em situação especial de desenvolvimento, não se pode negar que os adolescentes são, assim como os adultos, *punidos pela prática de condutas criminosas*, isto é, de condutas violadoras de bens jurídicos considerados essenciais pelo Direito penal.

Dessa constatação, extraem-se duas conclusões:

Primeiramente, pode-se dizer que, inobstante a exigibilidade de se revestirem de finalidade pedagógica, as medidas socioeducativas – todas elas – possuem inegável conteúdo punitivo-sancionatório-retributivo. Ora, não se nega que essas medidas devem ser cumpridas de modo pedagógico; mas, conforme já anotado, isso não muda o fato de que elas servem, também, à retribuição de um mal praticado pelo adolescente. E, em havendo retribuição, não há dúvida da existência de uma conduta estatal agressiva e invasiva, que cerceia direitos fundamentais do destinatário dessa retribuição.

Como consequência disso, chegamos à segunda conclusão: a constatação de que adolescentes podem ter os seus direitos fundamentais arbitrariamente restringidos por atos do Estado nos leva à inafastável certeza de que estes indivíduos devem ser merecedores não só das garantias específicas que lhes são destinadas pela legislação especial, senão também das *mesmas* garantias que o Direito, como um todo, destina aos adultos para protegê-los dos abusos punitivos estatais.

⁵⁷ “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à criança e ao adolescente a qualidade de sujeitos de direitos discriminados positivamente pela sua condição de pessoas em desenvolvimento. Diante disso, é certo que esses indivíduos não podem ser merecedores de tratamento menos garantista, sob pena de se subverter o princípio da isonomia.

Realmente, eventual tratamento jurídico diferenciado que negue direitos e garantias penais aos adolescentes em conflito com a lei revela-se inversamente proporcional à medida de sua desigualdade. Em sendo assim, no que toca ao acesso de direitos e garantias penais, não há razão para se lhes destinar tratamento jurídico diferenciado: tanto adolescentes quanto adultos podem ser vítimas de uma atuação invasiva arbitrária do Estado no exercício do seu *ius puniendi*, merecendo, por via de consequência, acesso aos mesmos direitos e garantias que salvagam o *ius libertatis*.

Nesse sentido, a princípio não há renúncia por parte do Estado do poder de punir o adolescente⁵⁸; este, quando acusado pela prática de um ato infracional e porque dotado de um mínimo de discernimento, será submetido a uma ação socioeducativa e, após confirmada a autoria e materialidade do ilícito⁵⁹, poderá ser destinatário, cumulativamente ou não com uma medida protetiva (que tem natureza estritamente pedagógica), de uma medida socioeducativa (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação). O adolescente, agora, é sujeito de direitos, e não objeto de intervenção do Estado. Com isso, não mais pode ser destinatário de vingança privada ou receber, quando da suspeita do seu envolvimento com uma infração penal, tratamento que o equipare a um indivíduo presumidamente louco ou doente.

⁵⁸ Essa renúncia não existe *in abstracto*, mas pode restar verificada diante do caso concreto, em havendo, por exemplo, ocorrido a prescrição socioeducativa ou no caso de aplicabilidade do princípio da insignificância.

⁵⁹ Para a aplicação de medida socioeducativa de advertência, o Estatuto da Criança e do Adolescente exige apenas prova de materialidade; com relação à autoria, bastam indícios. O dispositivo parece inconstitucional – já que fere o princípio da responsabilidade pessoal do agente (só o agente da infração pode ser punido).

A medida socioeducativa, por acarretar a restrição de direitos fundamentais de forma imperativa (já que o adolescente não tem a opção de escolher se irá cumpri-la ou não), tem indiscutivelmente a natureza de pena⁶⁰ e, conseqüentemente, sua aplicação deve obedecer aos princípios⁶¹ e finalidades⁶² já arrolados. Fala-se na existência, por isso, de um Direito penal juvenil⁶³.

Realmente, a medida socioeducativa perfeitamente se adapta às finalidades elencadas por Roxin⁶⁴: (a) enquanto descrita abstratamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, revela finalidade preventiva geral, tanto negativa (intimidação) quanto positiva (integração normativa); (b) concretizado o tipo penal mediante a prática de um ato infracional por adolescente, a medida, ao ser aplicada pelo juiz em uma ação socioeducativa, ganha, além da finalidade preventiva geral, os fins de retribuição (resposta Estatal pelo mal praticado) e de prevenção especial positiva (ressocialização); (c) iniciado o cumprimento efetivo da medida socioeducativa, esta mantém, preponderantemente, a finalidade preventiva especial positiva (ressocialização).

⁶⁰ Depois de tudo o que aqui se expôs, seria leviano negar a natureza penal dessa medida, como fazem, entre outros autores, Murilo Dicágomo – “[...] Falar em ‘Direito Penal Juvenil’ é retroceder à época anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Doutrina da Proteção Integral” (DICÁGOMO, 2006, p. 208), Paulo Afonso Garrido de Paula – “[medidas socioeducativas] estão inseridas em um sistema diverso, diferenciado do civil e do penal, representando conseqüências próprias de um ramo autônomo de nosso ordenamento jurídico” (PAULA, 2006, p. 33) - e Alexandre Morais da Rosa – “[...] A aproximação ao Direito Penal como salvação é imaginária e tem muito pouca coisa do garantismo de Ferrajoli” (ROSA, 2007, p. 13). Os efeitos penais das medidas socioeducativas são indiscutíveis. A medida socioeducativa tem essência idêntica a da pena.

⁶¹ Devido processo legal, proporcionalidade, pessoalidade da pena, proibição da pena indigna, humanização das penas e vedação do *bis in idem*.

⁶² Prevenção, geral e especial, bem como retribuição.

⁶³ Nesse ponto, emprego a expressão Direito penal juvenil com a certeza de ela claramente representa o conjunto das regras jurídicas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente que, por possuir natureza penal ou processual penal, reveste-se, necessariamente, das garantias de um direito penal mínimo. Nas palavras de Shecaira, “Se desejarem chamar de *responsabilização especial*, *responsabilização estatutária*, ou *responsabilização infracional*, como fazem vários autores, em vez de Direito penal juvenil, isso é o menos importante. O principal é que se assegure, quando da imputação de ato infracional ao adolescente, que se lhe dê o direito de um juízo de tipicidade (pois, se o fato é atípico, não há ato infracional); de um juízo de ilicitude (pois, se o fato é amparado pelo direito, não há crime, nos termos do art. 23 do CP); de um juízo de averiguação dos elementos da culpabilidade [...]” (2008, p. 157. Grifos do autor),

⁶⁴ Com relação a essas finalidades, faremos, mais adiante, uma ressalva no que toca à indeterminação temporal das medidas privativas de liberdade.

Feitos esses apontamentos, é de se notar que, inobstante pretendam-se socioeducativas⁶⁵, as medidas do artigo 112 do Estatuto revestem-se dos mesmos problemas práticos da pena: são cruéis, desumanas, degradantes, estigmatizantes, seletivas e antipedagógicas. De uma forma geral, não reeducam; ao invés disso, multiplicam práticas delitivas. Do modo que vêm sendo aplicadas, não alcançam a ressocialização, gerando tão-somente os fins de prevenção especial negativa (enclausuramento) e de retribuição (resposta do Estado perante a prática do ato infracional).

Nas palavras de Zapata,

Não podemos deixar de considerar que toda privação de liberdade, qualquer que seja ela, é deletéria a qualquer pessoa, o que não se dizer quando essa pessoa ainda está com sua personalidade em formação. Qualquer instituição total, definição compatível com aquelas de privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei, acaba por causar um desculturamento que incapacita o sujeito, ao menos temporariamente, de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária. O sentido de estar institucionalizado, para aquele que está internado, não existe, independentemente da vida que o espera lá fora. A instituição, assim, acaba mantendo um tipo de tensão entre o mundo doméstico e o institucional, e essa tensão é usada como força estratégica no controle daqueles que ousaram interferir na paz social. Além disso, a institucionalização acompanha o indivíduo após sua liberação. A desculturação, o estigma, o baixo status proativo, são alguns dos fatores que perseguirão um ex-interno de uma instituição total, dificultando, sobremaneira, sua recolocação no seio da sociedade (ZAPATA, 2010, p. 46).

Com efeito, da mesma forma que rejeita o adulto infrator, a nossa sociedade, influenciada pela agravante do hiperdimensionamento da questão da criminalidade juvenil, também quer se apartar dos adolescentes em conflito com a lei, pugnano por penas mais longas e por um tratamento jurídico cada vez mais severo⁶⁶.

⁶⁵ As medidas previstas no artigo 112 do Estatuto denominam-se “socioeducativas” não por acaso. Por serem impostas a adolescentes, seres humanos em etapa de construção de sua personalidade e, por isso, mais propensos à modificação de comportamentos violadores das regras sociais (cf. MACHADO, 2003, p. 321), as medidas socioeducativas, em tese, só podem ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a Lei enquanto surtirem efeitos de prevenção especial positiva, isto é, de ressocialização. Assim, a finalidade de prevenção especial fica muito mais latente nas medidas socioeducativas do que nas penas dos adultos (já que os adultos já ultrapassaram a etapa da vida na qual se concentra a formação da personalidade). Ocorre que a constatação dessa finalidade pedagógica como finalidade última das medidas socioeducativas não é capaz de afastar o seu conteúdo eminentemente punitivo.

⁶⁶ Para José Bleger, “A sociedade tende a instalar uma clivagem entre o que se considera como sadio e como doente, como normal e como anormal. Assim, se estabelece uma clivagem muito profunda

Nossa sociedade de corpos incircunscritos, já naturalmente violenta, demonstra comportamento ainda mais carniceiro e cruel quando se trata de conferir tratamento a pessoas rotuladas como criminosas (o que inclui os adolescentes em conflito com a lei). Diante desse quadro, não surpreende a constatação de que a sociedade brasileira admite (e incentiva) a privação da liberdade de adolescentes em conflito com a lei em circunstâncias poucos rígidas e desvencilhadas de critérios humanísticos, importando, indiscutivelmente, a violação de direitos fundamentais impressos no contexto da doutrina da proteção integral.

É dessa ânsia por uma justiça imediata e sangrenta que decorre o debate acerca da redução da idade penal, que considero, além de inócuo (à vista da inconstitucionalidade de tal redução, já que a matéria é protegida por cláusula pétrea⁶⁷), incapaz de resolver a questão, já que as prisões destinadas aos adultos, conforme já demonstrado no capítulo anterior, estão longe de propiciar qualquer tipo de ressocialização.

De qualquer forma, em um contexto de democracia disjuntiva, é de se considerar que a vontade da maioria nem sempre representa os valores de um regime democrático. Nesse sentido, a posição da maioria será materialmente antidemocrática sempre que importar a defesa de posicionamentos retrógrados, mormente em situações de instabilidade social.

Como nos aponta Antonio Manuel Peña Freire,

[...] La mayoría de una comunidad política podría decidir otorgar todo el poder legislativo a un dictador o a un monarca hereditario, sin que de ahí se siga el carácter democrático del gobernante en cuestión ni

entre ela (a sociedade 'sadia') e todos aqueles que, como os loucos, os delinquentes e as prostitutas acabam produzindo desvios e doenças que, supõe-se, não têm nada a ver com a estrutura social. A sociedade se autodefende, não dos loucos, dos delinquentes e das prostitutas, mas de sua própria loucura, de sua própria delinquência, de sua própria prostituição; dessa maneira, ela os coloca fora de si mesma, ela os ignora e os trata como se lhe fossem estranhos e não lhe pertencessem. Isso se dá através de uma profunda clivagem. [...]" (1992, p. 50).

⁶⁷ A redução da idade penal é inconstitucional porque o artigo 228 da Constituição, que apregoa serem os menores de dezoito anos inimputáveis, resguarda o direito individual desses indivíduos de não serem processados com base no tratamento duro oferecido pelo sistema penal dos adultos. E, de acordo com o artigo 60, §4º, IV, da Constituição, não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

de sus decisiones. Una cosa es que del hecho de que una mayoría social quiera entregar todo el poder a un dictador se siga que existe al menos una razón para acceder a tal propósito, y otra muy distinta el que por ese simple motivo las dictaduras pasen a ser democráticas. Queda por analizar la plausibilidad de una teoría que interpretase la constitución, el voto vetado o el control de constitucionalidad como mecanismos de enfriamiento o de autocontención frente a decisiones políticas precipitadas y potencialmente peligrosas, lo que nos coloca directamente frente a la teoría del precompromiso (FREIRE, 2004, p. 459).

Com efeito, nossa Constituição assegura a proteção de direitos fundamentais mesmo nos casos em que boa parte da população posiciona-se, em dado momento histórico, de forma contrária a esses direitos⁶⁸. Aí se encontra a noção de garantismo.

Para Ferrajoli,

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade (2002, p. 271).

Ora, direitos fundamentais precisam ser resguardados de forma perene – e os direitos das minorias também devem restar protegidos, independentemente da demonstração de sua representatividade (direito à diferença). Nesse contexto, merecem resguardo todos os direitos que constam implícita ou explicitamente da Constituição, de nossas leis ou de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de modo que qualquer ato normativo em sentido contrário não pode ter validade, porquanto inconstitucional ou inconveniente.

Nesses moldes, sem, em nenhum momento, desvalorizar a função legislativa ou depreciar o caráter democrático do Estado brasileiro, a atuação judicial voltada à

⁶⁸ Nas palavras de Marcelo Novelino, “Em princípio, pode parecer estranho a soberania popular impor limites materiais a si própria. Não obstante, a proteção de determinados conteúdos pelas Constituições visa a assegurar o próprio processo democrático, resguardando metas de longo prazo – muitas vezes subavaliadas por majorias ávidas em maximizar seus interesses imediatos – a fim de proteger a sociedade de suas inconsistências temporais. Nesse sentido, as Constituições democráticas atuam como verdadeiros mecanismos de autovinculação (pré-comprometimento) adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas” (2009, p. 81)

consolidação de direitos fundamentais cumpre sua função de concretização do texto da Constituição de 1988.

Feitas essas considerações, e sabido que o adolescente em conflito com a lei pode ter seus direitos individuais limitados por meio do exercício do poder punitivo estatal, conclui-se: a nossa legislação somente será capaz de assegurar a esse adolescente, de acordo com os princípios norteadores da doutrina da proteção integral, a concretização dos seus direitos de forma a se atender às suas necessidades especiais, decorrentes da sua situação de desenvolvimento que o coloca em posição menos favorável do que a de um adulto em idênticas condições, se se lhes atribuir, paralelamente às regras especiais de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos e garantias decorrentes de um Direito penal mínimo.

Em outras palavras, o adolescente em conflito com a lei apenas será posto a salvo das arbitrariedades do poder punitivo estatal caso, afora da proteção do Estatuto, seja acobertado pelos ditames de um sistema penal garantista.

Dito isso, pergunta-se: o sistema jurídico atual é capaz de garantir, em nome do princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, uma intervenção penal mínima na esfera dos direitos do adolescente?

Objetiva-se, a partir desse momento, demonstrar como se deve interpretar a legislação pátria para se assegurar aos adolescentes em conflito com a lei um tratamento jurídico condizente com a concretização dos seus direitos fundamentais.

3 DO DIREITO PENAL JUVENIL

Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente ter surgido para trazer regras mais benéficas a crianças e adolescentes, fato é que os adolescentes que praticam atos infracionais podem sofrer uma reprimenda estatal com finalidade não só ressocializadora, mas também punitiva. Essa reprimenda, denominada medida socioeducativa, tem o respaldo do artigo 228 da Constituição Federal e é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir do seu artigo 112.

Posto isso, convém salientar que, a despeito dos parâmetros traçados por nossa Constituição ao adotar a doutrina da proteção integral, em determinadas circunstâncias, quer em razão de atrasos legislativos, quer em razão de problemas interpretativos do nosso ordenamento jurídico, os adolescentes em conflito com a lei são, por vezes, destinatários de um tratamento jurídico mais prejudicial do que aquele oferecido a adultos que se encontram em idêntica situação.

É o que passamos a analisar.

3.1. Necessidade de concretização do princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei

Não se discute que o atual texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando aplicado literalmente, dá ensejo a inúmeras injustiças.

Com efeito, inobstante a pureza e a boa intenção da *mens legis*, que pretende discriminar positivamente a criança e o adolescente perante o ordenamento jurídico pátrio (por serem seres humanos em situação de desenvolvimento), em situações específicas verifica-se que, na prática, os seus fins não são alcançados; contrariamente, parece que as regras da legislação especial causam, em determinadas circunstâncias, efeito oposto ao desejado, conferindo aos adolescentes em conflito com a lei, quando não um tratamento idêntico ao do adulto, que não os discrimina positivamente, um tratamento mais prejudicial do que aquele que um adulto receberia em circunstâncias semelhantes.

Tal situação mostra-se inadmissível, pois, à vista do princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, a legislação especial surgiu para conferir tratamento mais benéfico a crianças e adolescentes; logo esse tratamento mais benéfico deve vigor sempre - não só quando da análise da legislação de um modo abstrato, mas também diante de situações concretas. Ora, nosso ordenamento precisa ser congruente.

É preciso, portanto, redobrada atenção no momento de aplicação do Direito vigente, de modo que se possa evitar que uma interpretação literal e apressada das leis leve à sustentação de absurdos jurídicos.

Realmente, há diversas ferramentas disponíveis no sistema que, quando bem aplicadas, garantem a coerência do ordenamento. É o que se observa a seguir.

3.2 Meios de integração do Direito

Fonte formal indireta do Direito é a lei em sentido amplo.

Assim, não só as leis infraconstitucionais informam nosso sistema jurídico, como também toda e qualquer norma jurídica, inclusive e principalmente as normas constitucionais, que norteiam toda a estrutura jurídico-normativa.

Com efeito, é da Constituição que emanam todas as demais regras jurídicas, que devem, obrigatoriamente, respeitar os limites e conteúdos traçados pelos mandamentos constitucionais.

Nas palavras de Marcelo Novelino,

[...] toda interpretação normativa vai ter como pressuposto a superioridade jurídica e axiológica da Constituição. Em razão da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico incompatível com a Lei Maior pode ser considerado válido. A supremacia da Constituição decorre de ideia de superioridade do poder constituinte, titularizado pela soberania popular, o que faz com que sua obra esteja situada no ápice da pirâmide normativa servindo de fundamento de validade de todos os demais atos jurídicos (2009, p. 163/164).

A Constituição representa, assim, o conjunto de normas que orienta toda a atividade legislativa brasileira, que não pode se desviar dos seus contornos. Havendo norma infraconstitucional conflitante com os mandamentos constitucionais, deve ela ser interpretada à luz da *Lex Fundamentaliss* (princípio da interpretação conforme a Constituição); se isso não for possível, torna-se imperiosa a sua expurgação do sistema, por meio do controle repressivo de constitucionalidade.

Não se pode esquecer, ainda, que também informam o nosso ordenamento as súmulas vinculantes, que indiscutivelmente contém conteúdo legiferante, e os tratados internacionais de direitos humanos, que, na visão de internacionalistas como Carlos Weis⁶⁹, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, têm força de norma constitucional, porquanto materialmente constitucionais.

Nesse diapasão, é a partir da lei (regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, tratados internacionais de direitos humanos, súmulas vinculantes) que se revela o conhecimento jurídico.

No entanto, é indubitosa a impossibilidade de o legislador prever e regulamentar todas as situações vivenciadas pelo homem no seu dia-a-dia⁷⁰.

Ciente disso, nosso sistema jurídico é dotado de instrumentos capazes de integrar suas normas, uma vez verificada a ausência de regulamentação legislativa sobre determinado assunto.

⁶⁹ Nas palavras do autor, “Karl Loewenstein, em seu clássico *Teoría de la Constitución*, evidencia a noção de que os direitos humanos, especialmente as liberdades individuais (direitos civis e políticos), são o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, encarnando a dignidade do homem. São, então, princípios de regência, superiores à ordem jurídico-positiva mesmo quando não estejam formulados em normas constitucionais expressas. De seu pensamento decorre que a função do Estado, de proteger e promover a dignidade humana, indica a impossibilidade de lhes conferir hierarquia infraconstitucional mesmo quando provenham de tratados internacionais ou do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988” (2010, p. 35. Grifos do autor).

⁷⁰ Para Bitencourt, “Na verdade, nenhuma legislação, por mais abrangente que seja, é capaz de contemplar todas as hipóteses que a complexidade da vida social pode apresentar ao longo do tempo. O direito é lacunoso sob o aspecto dinâmico, já que se encontra em constante transformação, pois vive em sociedade, evolui com ela, recebendo permanentemente os influxos de novos fatos: as normas são sempre insuficientes para disciplinar toda a variedade de fatos que a vida é pródiga em oferecer. Nenhum sistema jurídico positivo é imune à presença de lacunas, especialmente um ramo fragmentário como é o Direito Penal” (2009, p. 163).

Note-se que o Direito não é lacunoso; todas as situações levadas a juízo devem ser resolvidas, à vista dos princípios da obrigatoriedade da jurisdição e da vedação do *non liquet* (isto é, da proibição de não julgar).

Inobstante isso, pode ocorrer de a lei apresentar lacunas. Nesse caso, faz-se mister a aplicação dos meios de integração do Direito.

Três meios de integração têm previsão expressa no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: analogia, costumes e princípios gerais do Direito.

A analogia corresponde a um mecanismo que empresta os efeitos de um instituto jurídico já previsto no ordenamento a hipóteses semelhantes, que carecem de regulamentação legal específica.

A analogia pode ser tanto legal quanto jurídica. No primeiro caso, a lacuna é preenchida mediante a aplicação indireta de uma regra jurídica ao caso concreto; no segundo, mediante a aplicação indireta de um princípio.

Especificamente no que concerne à seara penal (na qual se inclui o Direito penal juvenil), sabido é que todo comportamento não proibido pode ser perpetrado pelo indivíduo sem qualquer interferência do *ius puniendi*. Só se proíbe, assim, o que está expressamente tipificado na lei.

Por conta disso, é vedado ao operador do Direito integrar norma penal incriminadora de modo a prejudicar o destinatário da intervenção penal.

Com efeito, por força do princípio da reserva legal, não há infração penal sem que uma lei em sentido estrito traga a sua previsão de forma expressa. Com isso, é inarredável a conclusão no sentido de que não se pode, na seara penal, aplicar analogia, quer legal, quer jurídica, *in malam partem*, isto é, em prejuízo do réu. Como diz Zaffaroni, “[...] somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz ‘completar’ as hipóteses legais” (2009, p. 153).

Outra é a situação na qual a analogia favorece o réu.

Com efeito, se a importação de um instituto jurídico já existente no nosso ordenamento beneficia o acusado, e se esse instituto se adapta perfeitamente à situação lacunosa vivenciada no caso concreto, é caso, sim, de aplicação da analogia, evitando-se a incongruência do sistema jurídico, que deve ser analisado globalmente.

Tal aplicação da analogia, classificada como *in bonam partem*, não viola o princípio da legalidade, confere lógica sistêmica ao Direito e se coaduna perfeitamente ao princípio *favor rei*.

Para Zaffaroni,

[...] Quando aplicamos um princípio a um certo grupo de casos, não havendo uma disposição legal que nos diga o contrário, não temos por que abster-nos de aplicá-lo a outros que se acham em uma relação essencial com este (Jescheck). Se não aplicássemos a analogia na lógica jurídica, nosso trabalho seria praticamente irrealizável, porque o pensamento humano decorre iniludivelmente à analogia; a comparação é imprescindível ao raciocínio (2009, p. 154/155).

Dito isso, não há dúvidas: a analogia em favor do réu deve ser admitida, porquanto não traz prejuízo; na verdade, agrega direitos.

Com relação aos costumes, conceituados por Luiz Flávio Gomes como “normas’ de comportamento que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (requisito objetivo), com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica (requisito subjetivo)” (2007, p. 26), basta um apontamento: embora não criem ou revoguem tipos penais (por força do princípio da reserva legal), podem operar como forte indício para que se averigüe se determinada conduta permanece materialmente típica, por contrariar ou não os interesses sociais.

Em outras palavras: se determinada conduta tipificada formalmente em lei é aceita pelos costumes (por ser reiteradamente praticada com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica), essa conduta prescindirá de tipicidade material (por não causar ofensa tida como intolerável ao bem jurídico tutelado).

No mais, os costumes podem ser utilizados como mecanismos de interpretação de expressões ou textos legais.

Ultrapassada essa colocação, deve-se tratar dos princípios gerais do Direito.

Aqui, cumpre fazer uma ressalva importante: em que pese a letra da lei, não se trata, esses princípios, de meros instrumentos de integração da norma. Isso porque eles traduzem a própria norma jurídica, devendo ser aplicados diretamente ao caso concreto.

Explica-se.

Nossa Constituição, segundo Canotilho, corresponde a um sistema normativo aberto de princípios e regras (2000, p. 1123).

Diferentemente das regras jurídicas, que são mandamentos de definição, seguindo a regra do *tudo ou nada* (ou seja, ou são cumpridas, ou não o são), os princípios traduzem mandamentos de otimização, orientando-se pela lógica do *mais ou menos* (o que significa que eles podem ser aplicados em diferentes graus, conforme critérios de ponderação). De qualquer modo, tanto princípios quanto regras, em nosso sistema, vinculam o operador do Direito, não havendo mais que se falar em normas constitucionais de dimensão meramente axiológica⁷¹.

De fato, a Constituição de 1988, promulgada em um ambiente legislativo pós-positivista, é marco normativo do neoconstitucionalismo brasileiro, movimento que confere força imperativa e uma maior amplitude interpretativa ao nosso texto

⁷¹ “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento” (BARROSO, 2004, p. 301. Grifos do autor).

constitucional, de modo a se garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais conquistados pelos indivíduos⁷².

Fala-se em força normativa da Constituição justamente porque, com o advento desta, passou-se a entender que a totalidade do seu conteúdo possui natureza imperativa – o que inclui não apenas as suas regras jurídicas, senão também os seus princípios.

Para Marinoni,

Os princípios são fruto do pluralismo e marcados pelo caráter aberto. Bem por isso são avessos à lógica que governa a aplicação das regras e à hierarquização. A ideia de que um princípio prevalece sobre o outro, em uma perspectiva abstrata, afronta a condição pluralista da sociedade. Os princípios, por sua natureza, devem conviver (2008, p. 54).

Põe-se fim, a partir desse momento, à ideia de que o texto constitucional serviria apenas como um programa a ser seguido, sem nenhuma força vinculativa. Ora, não há normas meramente programáticas: todo o conteúdo da Constitucional tem força normativa⁷³ e deve ser obedecido.

Nesse diapasão, não se duvida da enorme importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico. Sua aplicação se dá não só indiretamente, nos casos de analogia jurídica (hipóteses em que se complementa uma lacuna legal com um princípio geral do direito), senão também diretamente, independentemente de integração normativa, à luz do caso concreto.

Nota-se, nesse ponto, que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê como meios de integração do Direito a analogia, os costumes e os

⁷² Para Marinoni, “[...] a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei” (2008, p. 53).

⁷³ O princípio da força normativa da Constituição, extraído dos ensinamentos do doutrinador alemão Konrad Hesse, escultor da concepção normativa da *Lex Fundamentallis*, estabelece que o texto constitucional deve ser interpretado de modo que se evidencie a sua força imperativa, capaz de modificar a realidade social. Nas palavras de Pedro Lenza, “Os aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais” (2009, p. 96).

princípios gerais do Direito, perdeu-se na trilha evolutiva da hermenêutica. Seria, de fato, um verdadeiro absurdo limitar a aplicabilidade dos princípios às situações em que, não havendo lei aplicável ao caso concreto, também faltassem a analogia e os costumes para fins de integração. Pasmem: princípios são cláusulas gerais que integram implicitamente o corpo da Constituição Federal e que, por isso, têm força de normas no nosso ordenamento jurídico, merecendo aplicação direta e imediata⁷⁴.

Nas palavras de Flávio Tartuce,

[...] deve-se reconhecer eficácia normativa imediata aos princípios, em alguns casos, particularmente naqueles que envolvem os direitos fundamentais da pessoa, ou de personalidade. Isso porque com o Estado Democrático de Direito houve a *transposição dos princípios gerais do direito para princípios constitucionais fundamentais* (2008, p. 53. Grifos do autor).

Sobre princípios gerais de Direito, Ferrajoli nos traz seu conceito e conteúdo na seara penal:

[...] princípios políticos expressamente enunciados nas constituições e nas leis ou implícitos e extraíveis mediante elaboração doutrinal. Alguns deles são os mesmos que presidem o exercício do poder de verificação, quer dizer, as decisões sobre a verdade processual com as quais se resolvem as incertezas criadas pelos defeitos de denotação dos tipos legais, tais como, por exemplo, o critério do *favor rei* e seu corolário *in dubio pro reo*, o da (relativa) coerência com os precedentes jurisdicionais e, portanto, da paridade de tratamento em casos (relativamente) iguais, além de todos, evidentemente, os princípios garantistas estabelecidos em nosso sistema SG nos limites nos quais são praticáveis. Outros são os mesmos que informam o exercício do poder equitativo de valoração das conotações particulares dos fatos denotados na lei, como o respeito à pessoa humana, o favor devido aos sujeitos socialmente mais fracos, a relevância associada à efetividade de suas condições materiais. Outros, enfim, são especificamente relativos ao poder de disposição, como os princípios da igualdade e de liberdade no sentido não apenas formal, mas também substancial, expresso pelo artigo 3º, parágrafo 2º, da Constituição italiana, o critério da intervenção mínima e da pena mínima necessária e, além disso, os valores culturais mencionados pela lei que fazem referência aos usos sociais e às suas variações históricas e ambientais (2002, p. 138/139. Grifos do autor).

Assim, com a normatização dos princípios, o ordenamento jurídico infraconstitucional demanda obediência não apenas às regras jurídicas

⁷⁴ O artigo 5º, §1º da Constituição, ao determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, por força do princípio da unidade da Constituição, impõe eficácia plena não só às regras jurídicas, senão também aos princípios gerais de Direito.

constitucionais, senão também ao seu conjunto principiológico, que abarca princípios gerais e especiais, quer expressos (como é o caso do princípio da igualdade), quer tácitos (a exemplo do princípio implícito do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei). Certamente, princípios implícitos são dotados da mesma força normativa e importância sistemático-axiológica daqueles que constam expressamente em nosso sistema jurídico.

Desse modo, os princípios integrados explícita ou implicitamente ao texto constitucional são aplicáveis em todo e qualquer caso, independentemente da constatação de lacuna na lei. E principalmente porque esses princípios representam a salvaguarda de direitos fundamentais (destinados também ao público infanto-juvenil), o seu conteúdo deve prevalecer diante de elementos normativos infraconstitucionais que contenham disposições em sentido contrário, já que esses elementos seriam, pelo raciocínio desenvolvido alhures, indiscutivelmente contrários ao conteúdo normativo da Constituição e, por isso, revestidos de insanável inconstitucionalidade⁷⁵.

Por fim, há que se indicar a existência de mais um instrumento de integração do Direito, não previsto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, mas vigente e perfeitamente aplicável à seara penal: a equidade.

Foi-se o tempo em que a legitimidade da norma era inquestionável, sendo único papel do operador do Direito aplicar o texto seco das leis, sem questioná-lo.

Nos dias de hoje, não se pode afirmar que a equidade tem espaço no ordenamento apenas nos casos em que a lei a prevê expressamente (como determina o artigo 127 do Código de Processo Civil). Isso porque, em um período de

⁷⁵ Lembra-nos Celso Antônio Bandeira de Mello que princípio [...] “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra” (1993, p. 408/409).

revival dos direitos fundamentais e de valorização do *droit à la différence*, a certeza de que o Direito busca concretizar o valor de *justiça* nos leva à indubitável conclusão de que a aplicação do ordenamento deve conduzir à justa solução do caso concreto; conseqüentemente, o Estado-juiz tem o dever de agir com equidade – sempre.

Em outras palavras, é meta do Direito, sem prejuízo da separação dos poderes e da segurança jurídica, galgar a justiça do caso concreto.

Para Tartuce,

A equidade pode ser conceituada como sendo o uso do bom senso, a justiça do caso particular, mediante a adaptação razoável da lei ao caso concreto. Na concepção aristotélica é definida como a *justiça do caso concreto*, o julgamento com a convicção do que é justo [...]. Ora, a justiça do caso concreto é a prioridade do Direito, não havendo necessidade de autorização expressa pela norma jurídica. Ademais, pode-se dizer que a equidade é implícita à própria lei (2008, p. 56).

Nesse sentido, interessante é a comparação epistemológica trazida por Claudia Lima Marques: a origem da palavra equidade, que deriva do latim *aequitas* (que significa igualdade de alma, equilíbrio, calma), em muito se aproxima da origem da palavra igualdade, que decorre do latim *aequalitas* (que significa igualdade em relação à comparação com outro objeto). “Assim, tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com ‘equilíbrio e calma’, é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!” (2005, p. 39).

Desse modo, conforme nos pontua Rogério Greco, vivenciando um período histórico neoconstitucionalista caracterizado pelo ativismo judicial, nosso Direito autoriza o juiz a atuar não só como *legislador negativo* (sendo-lhe devido reconhecer a inconstitucionalidade das normas por meio de controle de constitucionalidade), senão também, de certa forma, como *legislador positivo* (preenchendo lacunas deixadas pelo Poder Legiferante e coordenando as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto) (GRECO, 2008, p. 48).

Ao assim agir, não está o julgador invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo. Isso porque o Direito precisa ser justo e coeso, de modo que, se a lei

não supre a essas expectativas de justiça e de coesão, compete ao julgador, na medida da razoabilidade – dentro, portanto, dos moldes da legalidade *lato sensu* (compreendida como dever de obediência não só a regras, senão também a princípios constitucionais e infraconstitucionais) – interpretar, intercomunicar e adaptar a norma para que ela atenda a essas finalidades.

Realmente, ao se identificar as normas aplicáveis ao caso concreto, integrando-as quando necessário, o que se busca não é uma ingerência na atuação do Poder Legislativo. Todos os poderes são independentes e encontram-se igualmente submetidos às exigências constitucionais. Quando, contudo, um dos poderes é inerte ou falho no exercício das suas competências, não atendendo suficientemente aos direitos fundamentais dos cidadãos, compete licitamente ao Poder Judiciário concretizar o texto constitucional, agindo não para usurpar poderes, mas para servir à Constituição; mediatamente, pressiona-se o Poder Legislativo para realizar devidamente a sua função.

Nas palavras de Marinoni,

Ou seja: o controle da lei a partir dos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei. Por isso, a representação argumentativa está muito longe de significar uma mera sobreposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ser capaz de convencer os cidadãos da sua racionalidade (2008, p. 92).

Engana-se aquele que alega que essa atuação do Poder Judiciário causa insegurança jurídica por supostamente violar o princípio do devido processo legal. Na verdade, o ativismo judicial concretiza-o, na medida em que esse princípio, afora da sua faceta formal (que indica a necessidade de obediência às regras formais do processo), possui também uma faceta material, que se liga à necessidade de se extrair justiça do conteúdo das decisões. Nessa faceta material, o princípio do devido processo legal funde-se à ideia de proporcionalidade.

Segundo Fredie Didier Júnior,

[...] com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões

prós e contras (*Abwagung*), a fim de averiguar-se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção (2009, p. 35. Grifos do autor).

Deve-se, assim, partir do pressuposto de que o juiz irá cumprir o seu múnus público de julgador imparcial e justo e conferir credibilidade às suas decisões, que não desafiarão a lei em sentido amplo enquanto proporcionais e devidamente fundamentadas.

O que não se admite é uma interpretação *contra legem*, compreendida como aquela nitidamente avessa à vontade clara das normas que integram a nossa legislação⁷⁶.

Ora, a lei é fonte formal imediata do Direito e deve ser obedecida, sob pena de haver um desvirtuamento do sistema, que perderia em sua segurança jurídica. Se há lei regulando determinado assunto e essa lei é claramente avessa ao Direito (analisado globalmente), não sendo possível interpretá-la em conformidade com a Constituição, é caso de controlar a sua constitucionalidade, mesmo que de forma incidental no processo em curso.

Não havendo, contudo, choque frontal com os ditames da lei, faz-se indispensável a sua análise à luz da equidade, que permitirá a leitura do texto legal de acordo com os mandamentos constitucionais e em consonância com os fins de justiça do caso concreto.

Resta tratar, agora, da possibilidade de influência recíproca e sistemática entre normas jurídicas igualmente válidas, que convivem, com base nos valores de equidade, em favor da concepção de um Direito justo.

Trataremos da teoria do Diálogo das Fontes.

⁷⁶ “[...] É inconcebível uma sentença *contra legem*. O juiz não pode discutir, alterar, corrigir, negar ou substituir a lei, mesmo que injusta (ou seja, de axiologia errônea). O judiciário é imparcial porque respeita a lei, que é geradora da ‘certeza’” (GOMES, 2008, p. 106. Grifos do autor).

3.3 Teoria do Diálogo das fontes

Tradicionalmente, conceitua-se norma especial como sendo aquela que se destina à tutela de uma situação jurídica específica. É o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema jurídico voltado à proteção de indivíduos em processo de desenvolvimento.

À norma especial contrapõe-se a norma geral, que é aquela que regulamenta determinado assunto de forma mais ampla e generalizante do que a primeira, sem conferir um tratamento jurídico mais específico. São exemplos de normas gerais o Código Civil e o Código Penal.

Dito isso, percebe-se que, à vista do grande número de leis existentes no nosso país, não raras vezes determinado tema resta regulamentado por mais de uma legislação. Surge, nesse ponto, uma antinomia jurídica aparente, que precisa ser solucionada.

Norberto Bobbio nos ensinou que assim como pelo critério cronológico prevalece a norma mais recente em detrimento da mais antiga e, pelo critério hierárquico, prevalece a norma superior em face da inferior, pelo critério da especialidade a norma especial prefere à geral (cf. TARTUCE, 2008, p. 42).

Tal entendimento parte do pressuposto de que, em havendo norma especial regulando determinada matéria, esta é mais adequada para reger o caso concreto, por se presumir mais pontual e, conseqüentemente, mais justa e benéfica. Nessa linha, podemos imaginar que, com base no princípio da especialidade, as regras do Código de Defesa do Consumidor preferem às do Código Civil.

Entretanto, a experiência demonstra que, à vista da grande quantidade de regras jurídicas tecidas em nosso ordenamento, muitas vezes ocorre de normas gerais, elaboradas de acordo com recentes e latentes interesses sociais e em consonância com as orientações doutrinárias mais modernas, trazerem regramento que, embora não seja específico, revela-se, em certo ponto, mais benéfico do que aquele contido em norma especial desprovida desses avanços doutrinários e científicos.

Constatada essa situação, destinar a determinada pessoa regimento especial simplesmente pelo fato deste ser classificado como especial, deixando-se de lhe aplicar um tratamento jurídico mais eficaz e evoluído, constante em normas gerais mais garantistas, configura aplicação meramente literal do Direito, indiferente às ferramentas de interpretação e integração do sistema e geradora de grave violação a diversos princípios constitucionais, mormente o princípio da isonomia (já que essa atuação, em última instância, confere tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situação jurídica diversa sem que se use como parâmetro a exata medida de desigualdade extraída dessa relação).

Justamente diante dessa constatação, Cláudia Lima Marques trouxe para o Brasil a teoria alemã do Diálogo das Fontes⁷⁷, que autoriza o afastamento do princípio da especialidade nos casos em que a norma geral revela-se mais protetiva do que a especial, em nome da fiel observância dos mandamentos normativo-axiológicos de nossa Constituição.

Nas palavras da autora,

A regra do direito brasileiro é, pois, como desejamos frisar, a da continuidade das leis, forçando o intérprete, sempre e novamente, a decidir-se pela aplicação de uma das normas. Iludem-se os que consideram que a solução do conflito de leis viria somente do próprio legislador, sem a necessidade de uma maior atuação do intérprete. Ao contrário, no mais das vezes, é o aplicador da lei que soluciona as aparentes contradições no sistema do direito e casuisticamente, daí a importância do diálogo das fontes, que já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea das leis, variando apenas a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a restabelecer a coerência do sistema (2008, p. 97).

Parte-se do mesmo raciocínio traçado por Friedrich Engels em sua obra *Dialética da Natureza*: as coisas (no caso, as normas) não existem isoladamente, de forma perfeita, pronta e acabada; na verdade, integram-se mutuamente, encontrando-se em constante transformação e movimento. Fórmulas e definições

⁷⁷ Nos dizeres da autora, “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente aos diferentes)” (2008, p. 89/90).

enciclopédicas não resolvem os problemas do mundo; o todo só permanece uno e coerente enquanto se compõe de contradições refutáveis reciprocamente. A tese, por meio da antítese, torna-se síntese, que se renova em nova tese.

Para o autor,

A lógica dialética, em contraposição à velha lógica, meramente formal, não se limita, como esta, a enumerar e pôr uma ao lado da outra, desconchavadamente, as formas de movimento do pensamento, isto é, as diferentes formas de julgamento e de conclusão. Pelo contrário, procura ligar essas formas uma à outra, subordinando-as entre si, ao invés de coordená-las, desenvolvendo as formas superiores a partir das mais inferiores (2000, p. 182).

O mesmo ocorre com o Direito, que, diferentemente da lei, é dinâmico:

O certo é que a lei é estática enquanto o ordenamento jurídico é dinâmico por natureza, porque a realidade social também o é. Uma situação concreta pode não encontrar previsão numa lei, mas sempre terá uma solução dentro do ordenamento jurídico, que avança diariamente, seja por iniciativa dos próprios órgãos encarregados de legislar, seja pela tarefa interpretativa judicial progressiva que primordialmente deve se ater aos textos constitucionais e internacionais, acima de tudo quando são contrariados pela Legislação ordinária (GOMES, 2008, p. 131).

Por esse prisma, a teoria do Diálogo das Fontes sustenta que, se o legislador elaborou determinada norma especial para melhor salvaguardar os interesses de determinado grupo vulnerável (no caso, os interesses dos adolescentes em conflito com a lei), caso a norma geral (Código Penal), em razão de conteúdos não reproduzidos pela norma especial, revele-se em algum ponto mais benéfica do que a primeira, é de bom alvitre, para a coerência do sistema jurídico, que se aplique ao caso concreto também a norma geral, única capaz de saciar as expectativas teleológicas do Direito. Só assim se evitará uma aplicação anacrônica do ordenamento, cega aos valores de igualdade e justiça e incapaz de atender aos anseios de um Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, o Código Penal regulamenta o exercício do poder de punir estatal em face de pessoas para ele tidas como iguais (indivíduos acusados da prática de crimes). Esse Código traz campo material de atuação penal, traçando diversos princípios e regras gerais de proteção do *ius libertatis* em face da atuação invasiva do Estado.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, na sua parte que versa sobre atos infracionais e medidas socioeducativas, também tem como campo de atuação a matéria penal; independentemente disso, é omissivo quanto a diversas garantias penais e processuais penais, preocupando-se mais em destinar regras especiais a sujeitos tidos como diferentes, porque discriminados positivamente pela Constituição Federal.

Realmente, o foco do Estatuto da Criança e do Adolescente não é narrar garantias penais, mas deixar bem delineada a situação de discriminação positiva atribuída ao adolescente, sujeito de direitos destinatário de proteção integral.

Posto isso, é de se verificar que, não configurando o Código Penal um sistema hermético (já que não corresponde ele ao único conjunto de leis capaz de regulamentar matéria penal), suas regras, especialmente as constantes de sua parte geral, irrigam outras legislações, revestidas desse mesmo conteúdo penal (Lei de Drogas, Lei das Contravenções Penais, Lei Maria da Penha, entre infinitas outras).

Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto também revestido de regramentos e institutos penais, deve necessariamente manusear ferramentais penais garantistas, sem prejuízo de maior proteção de seus destinatários quando da aplicação da punição, já que, conforme dito, o Estatuto busca discriminar positivamente os adolescentes, seres humanos em situação de desenvolvimento.

Nas palavras de Martha de Toledo Machado,

Quando o Estatuto da Criança e do Adolescente ilumina o conteúdo dos direitos fundamentais de *dignidade* e *respeito* e, particularmente, de *integridade* e *liberdade* de crianças e adolescentes – que são essencialmente os bens-valores tutelados pela norma penal nos crimes que estamos analisando – ele funciona como *princípio de conformação e interpretação da lei penal* (2008, p. 71. Grifos da autora).

Não houvesse esse diálogo de fontes, conceder-se-iam mais garantias penais aos adultos do que aos adolescentes, em desobediência ao comando legal de maior proteção às pessoas em desenvolvimento.

Em sendo assim, justamente porque o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme seu próprio nome indica, deve, invariavelmente, proteger crianças e adolescentes nos contornos da doutrina constitucional da proteção integral, o aplicador do Direito tem o dever de, sem em nenhum momento afrontar o devido processo legal (visto também na sua acepção substancial), articular, coordenar e complementar suas normas com o restante do sistema, extraindo dele soluções lógicas e coerentes, que, espelhem equidade e justiça. Nada poderia ser diferente: deve-se conceder tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade (ora, a desigualdade existente entre adultos e adolescentes não justifica um tratamento desigual que renegue aos adolescentes o exercício de garantias penais que os beneficiem).

Não restam dúvidas, portanto: os adolescentes só têm a ganhar com a intercomunicação de normas, mecanismo interpretativo totalmente legal e legítimo⁷⁸, decorrente de um aplaudível distanciamento crítico do aplicador do Direito desse nosso século.

Encerrado esse tópico, passa-se a analisar algumas normas e institutos do Direito penal e processual penal à luz desse necessário diálogo de fontes, em consonância com os constitucionalmente salvaguardados direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei.

3.4 Limitação estatal ao poder de punir adolescentes

Note haver laços intrínsecos entre Direito penal comum e Direito penal juvenil.

⁷⁸ Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “[...] seria, no entanto, um erro supor que este modelo constitucionalista libera o juiz do texto legal. Não se trata de desvincular o juiz da lei nem de submetê-lo a algo metajurídico. Nada disso: o instrumento que servirá de fonte para suas decisões está rigorosamente dentro do mundo jurídico, sobretudo na lei, sempre que ela não contrarie dispositivos de hierarquia superior” (2008, p. 131).

Não mais cabe discussão no tocante ao fato de que adolescentes praticam crimes (*ato infracional* é um eufemismo) e, conseqüentemente, são punidos.

Realmente, pelo princípio da tipicidade remetida, configuram ato infracional as condutas descritas como crime ou contravenção penal. Significa dizer: o Direito penal juvenil importa os tipos incriminadores do Direito penal comum (impondo conseqüências jurídicas distintas aos seus destinatários, em harmonia com os ditames da doutrina da proteção integral)⁷⁹.

Dito isso, pergunta-se: ao adolescente são garantidos instrumentos suficientes de limitação do poder punitivo estatal?

Já vimos que, na linha do Direito penal moderno, é aplicável ao adulto o princípio da intervenção mínima, que garante que o Direito penal só será acionado como última trincheira no combate à criminalidade. Nos dias de hoje, mister se faz que ao responsável por condutas criminosas sejam assegurados direitos e garantias que cerceiem ou limitem ao máximo a função punitiva do Estado.

Dito isso, imprescinde anotar que a mera existência, mesmo que no seio do Código Penal, de tipos penais que incriminam adolescentes faz emergir a necessidade da intermediação de um sistema principiológico garantista.

Nesses moldes, os princípios da isonomia, da proteção integral e do melhor interesse do adolescente, uma vez inseridos no âmbito normativo constitucional, ordenam que as normas infraconstitucionais, com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, sejam interpretadas e aplicadas de modo a dialogarem em consonância com os valores e objetivos que o ordenamento jurídico, sistematicamente, pretende resguardar.

⁷⁹ Com efeito, em razão de os indivíduos menores de dezoito anos encontrarem-se em estágio de desenvolvimento, as medidas a eles aplicáveis, denominadas medidas socioeducativas, afora do seu conteúdo penal, possuem indissociavelmente um viés pedagógico, núcleo duro do sistema de responsabilização previsto no Estatuto.

Diante disso, e especificamente no que concerne ao adolescente em conflito com a lei, não se lhe pode negar a proteção constante de princípios e regras penais tão-somente sob a justificativa de que existe legislação especial específica ao seu dispor (no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente). Ora, quando se fala em sistema jurídico, deve-se ter em mente que há todo um conjunto de princípios e regras organizados sistematicamente, e que sistematicamente devem ser aplicados, na trilha dos direitos e interesses sedimentados pelo texto constitucional.

Em sendo assim, nada obsta ao aplicador do Direito afastar regra especial em favor de regra geral mais benéfica ou mesmo aplicar em conjunto dispositivos de códigos, estatutos ou microssistemas jurídicos diversos na busca de solução mais justa para o caso concreto – agindo assim, não estará ele legislando, mas sim realizando sua função típica de forma apta a garantir a correta subsunção ou ponderação das regras ou princípios latentes.

Seguindo esse entendimento, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), no delineamento das características do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) manifestam-se favoravelmente à importação, em prol dos adolescentes, do sistema penal de garantias, de modo a se assegurar o total atendimento das expectativas jurídicas advindas da doutrina da proteção integral.

Por implicar em restrições a direitos e liberdade, o sistema socioeducativo, cujas bases legais são a Constituição Federal e o ECA, tem como referência, entre outras leis secundárias, o direito penal e processual penal brasileiro. Destaca-se que a utilização dessas leis secundárias sempre deve se dar em uma perspectiva de ampliação dos direitos dos adolescentes, respeitando-se as especificidades características da doutrina da proteção integral, inscrita na Constituição Federal e no ECA (SINASE, 2006, p. 25).

Traçadas essas considerações, é indubitável que a persecução penal ou punição de adolescente realizada de forma contrária à atual ordem penal garantista importa, indissociavelmente, violação de direitos e garantias inerentes também aos adolescentes em conflito com a lei.

Nesse compasso, na medida em que um tipo penal incriminador previsto no Código Penal ou em leis extravagantes também tem vigência e aplicabilidade no sistema socioeducativo, os princípios de Direito penal comum, que asseguram que a criação de tipos penais, o desenvolvimento da persecução penal e a seleção e imposição de punição sejam pautados nos valores de uma ordem garantista, repercutem, indiscutivelmente, na órbita do Direito penal juvenil.

Ademais, uma vez prevista a possibilidade de imposição aos adolescentes de medidas privativas de liberdade (internação e semiliberdade), faz-se necessário o acionamento dos limites de um Direito penal mínimo como única forma de se assegurar que a marcha evolutiva constatada com relação ao Direito penal do adulto também seja identificada em se tratando da análise do Direito aplicável ao adolescente em conflito com a lei.

Lembre-se que, a princípio, as regras penais funcionavam como mecanismos de vingança, quer privada, quer divina, quer pública. Nesse período, as punições eram perpetradas de forma violenta e desproporcional, atingindo-se, muitas vezes, a vida, a liberdade e o patrimônio de pessoas da família do condenado.

Com a evolução do Direito, as penas passaram a ser menos cruéis e difamantes. Pôs-se fim à pena de morte e aos suplícios. A punição se limitou à pessoa do condenado e aos limites da sua culpabilidade. Passou-se a exigir previsão legal expressa dos comportamentos humanos proibidos.

Depois disso, iniciou-se um processo de análise social e biológica do criminoso. Nesse período, os estudiosos, com o escopo de reduzir a criminalidade, pretendiam identificar pessoas e meios sociais com predisposição à prática de comportamentos delitivos. Com isso, indivíduos inocentes viram-se obrigados ao cumprimento de medidas tidas como curativas.

Com o passar do tempo, rejeitada a tese de que existe uma propensão biológica ou social à criminalidade, o Direito voltou sua atenção para a própria norma, surgindo demasiada preocupação com a perfeição do ordenamento jurídico. Seguiram, então, diversos movimentos exageradamente formalistas, interessados

no estrito cumprimento das leis, mas não tão preocupados com a legitimidade do seu conteúdo. O papel do juiz era aplicar a lei, e não julgá-la ou interpretá-la.

Embora até hoje muitos juristas atuem de forma positivista, colocando a segurança da norma e uma suposta necessidade de ordem social à frente da efetivação de direitos fundamentais, são retomados, aos poucos, os valores de igualdade e de justiça.

Nas palavras de Marcelo Novelino,

A preocupação com o conteúdo justo das normas jurídicas fez com que, após o fim da Segunda Grande Guerra, surgisse uma nova dogmática responsável por promover uma reaproximação entre o direito e a moral, por meio do retorno dos valores ao direito, materializados, sobretudo, por princípios consagrados nos textos constitucionais. O pós-positivismo é desenvolvido visando à superação da clássica dicotomia *direito positivo/direito natural*. Não se trata de uma proposta de retorno ao jusnaturalismo ou de abandono da positividade do direito, mas sim de uma tentativa de ir além do positivismo estrito e de suas indesejáveis conseqüências (2009, p. 179/180. Grifos do autor).

Hodiernamente, nosso Direito alcançou, ao menos na teoria, uma etapa evolutiva capaz de assegurar, formal e materialmente, um mínimo de dignidade a todo ser humano, inclusive ao infrator.

E, para que esse arsenal garantista alcance a figura do adolescente, mister se faz garantir a aplicação, na seara do Direito penal juvenil, dos princípios garantidores dessa ordem evolutiva – princípios de direito penal comum, que estruturam o funcionalismo teleológico de Roxin. Só assim se torna possível a obediência ao ideal de que o adolescente, por também ser sujeito de direitos, deve ser protegido por todos os direitos e garantias do adulto, além de outros que lhe assegurem uma proteção mais precisa, haja vista a sua situação de pessoa em desenvolvimento. Em suma, só assim se garante a devida limitação do *ius puniendi* estatal, efetivando-se os princípios da proteção integral e do melhor interesse do adolescente.

Importante é frisar que essa importação de institutos do Direito penal em prol do adolescente em nenhum momento acarreta involução dos seus direitos e garantias. Pelo contrário: a aplicabilidade do Direito penal aos adolescentes em

conflito com a lei se mostra indiscutivelmente necessária à proteção dos seus interesses, já que esses indivíduos, vivendo sob a égide das regras sociais, também precisam ter a certeza de que a sua liberdade apenas poderá ser restringida em casos excepcionalíssimos, observadas todas as rédeas garantísticas do nosso ordenamento.

Diante dessas considerações, fácil é constatar a necessidade de aplicação aos adolescentes em conflito com a lei de um Direito penal humanitário, garantista e excepcional, que intervenha apenas como última forma de controle social e que limite minimamente os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Esse Direito não surge simplesmente de boas ideias, teorias, promessas ou votos, mas sim de uma correta interpretação do ordenamento, capaz de consolidar o retrato de uma marcha evolutiva social no sentido da concretização e garantia da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Direito penal juvenil, para concretizar o princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, deve assegurar ao adolescente responsável pela prática de atos infracionais as mesmas garantias ofertadas ao adulto que pratica crimes, na melhor interpretação do funcionalismo de Roxin. Não fosse assim, o adolescente, durante a ação socioeducativa e após a imposição de sanção, poderia receber tratamento menos garantista do que um adulto, embasado na lógica de que a aplicação das medidas, em última instância, lhe causaria um *bem*, podendo, portanto, ocorrer sem maiores preocupações científicas. Ora, a essa altura, nem é preciso repetir que essa lógica subverte as finalidades da doutrina da proteção integral, acolhida pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dito isso, não restam dúvidas: utilizando-se do diálogo das fontes, é possível a importação de princípios e regras gerais do Direito penal comum para a seara juvenil. Essa intercomunicação de normas em nada prejudica os adolescentes; na verdade, revela-se ela indispensável à imposição de limites ao poder punitivo estatal que, sem freios, poderia restringir demasiada, desproporcional e irracionalmente direitos fundamentais de indivíduos em situação de desenvolvimento. Como nos lembra Montesquieu,

Trata-se de uma experiência eterna que todo Homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder (1993, p. 170).

Estabelecidas essas premissas, passa-se a debater a aplicabilidade de regras constantes do Direito material e processual penal comum ao Direito penal e processual penal juvenil com o fito de, sem em nenhum momento retirar a especificidade do Direito da infância e da juventude, assegurar a concessão aos adolescentes de um tratamento jurídico condizente com os escopos constitucionais.

Destaca-se que não se pretende esgotar a análise das regras estranhas ao Estatuto aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei por ser tarefa que, além de impraticável, foge dos objetivos desse estudo. Busca-se, apenas, destacar como é possível – e necessário – esse diálogo de normas jurídicas para uma aplicação lógica, sistêmica e coesa do Direito.

3.4.1 Princípios norteadores do direito penal (juvenil)

Afora de guiar-se por princípios próprios, como os da brevidade e excepcionalidade da imposição de medida em meio fechado e do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, o Direito penal juvenil também deve orientar-se pelos princípios disciplinadores do Direito penal comum.

Como é sabido, existe uma forte tendência, acobertada pela doutrina jakobiana, de redução das garantias dos indivíduos em prol de um controle social mais rígido, supostamente necessário ao alcance de um fim maior de segurança pública. Tende-se, com isso, a criar sistemas de Direito penal máximo, de terceira velocidade, que muitas vezes veem o ser humano como inimigo da nação, merecedor da ingerência absoluta do Estado.

Nas palavras de Alberto Silva Franco,

Faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de

alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica (ZAFFARONI, 2009, p. 17).

A adoção dessa postura vem ao arrembo de nosso ordenamento jurídico, construído às duras penas após séculos de lutas embasadas em movimentos libertários. Ademais, consoante os ensinamentos indelévels de Beccaria, importa mais a certeza da punição do que a sua intensidade (cf. BECCARIA, 2003, p. 61).

Para Ferrajoli,

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – é dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de inocência [...]. A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique imune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dubio contra reum*. Indica uma aspiração autoritária (2002, p. 85. Grifos do autor).

O Direito penal moderno, pautado em uma ordem constitucional democrática, não pode se mancomunar com doutrinas e tendências que promovem a força do Estado em detrimento da liberdade dos cidadãos; contrariamente, deve manter-se instrumental e garantista.

É essa a trilha que deve seguir o nosso Direito penal juvenil.

Nesse contexto, ato infracional só pode haver diante de previsão legal anterior, escrita, estrita e certa de um crime ou contravenção penal (princípio da legalidade). E esse crime ou contravenção, para existir validamente, impescinde da demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado (princípio da ofensividade). Não há crime sem lei anterior que o defina; tampouco há crime se a conduta praticada não gerou qualquer tipo de prejuízo.

Pelo princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, o legislador só está autorizado a criminalizar condutas capazes de violar significativamente bens jurídicos tidos como significativos para o homem.

Realmente, o Direito penal, por ser o instrumento mais rígido de controle social formal, foi criado para proteger apenas bens indispensáveis à vida humana em sociedade (tais como a vida digna, a honra, a dignidade sexual), não devendo acionar seus mecanismos de controle sem que se constate uma estrita necessidade dessa intervenção (o Direito penal é subsidiário).

Em sendo assim, o Direito penal não pode tutelar bens ilegítimos, como a opção religiosa ou orientação sexual de cada um, devendo ser acionado apenas quando estiverem em jogo verdadeiros bens jurídicos penais, isto é, bens relevantes para o ser humano.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes,

Nenhum tipo penal, destarte, pode ser interpretado só pela literalidade que expressa. Por trás dele está a norma e na essência da norma está um bem jurídico que deve ser afetado concretamente para a existência do delito (mesmo porque: *nullum crimen sine iniuria* – não há crime sem ofensa ao bem jurídico) (2009, p. 235. Grifos do autor).

Pelo princípio da materialização do fato, o Direito penal juvenil não pode tipificar como proibidos pensamentos, sentimentos ou estilos de vida. Apenas comportamentos geradores de fatos jurídicos podem ser proibidos, motivo pelo qual a infração penal deve necessariamente descrever no seu tipo uma ação ou omissão criadora de um fato jurídico.

Por isso, diz-se que são punidos fatos, e não os seus autores (vedando-se o chamado Direito penal do autor, que vigia na etapa tutelar). Ninguém pode ser punido pelo que é ou pelo que pensa, mas apenas pelo que faz: nesse sentido deve ser interpretado o artigo 2º do Código Penal⁸⁰, aplicável à seara do Direito penal juvenil.

⁸⁰ “Art. 2º. Ninguém pode ser punido *por fato* que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” (grifo meu).

Além disso, o Direito penal juvenil deve guiar-se pelo princípio da intervenção mínima: pelo fato de o Direito penal ser demasiadamente agressivo com relação a direitos fundamentais, sua atuação só é admissível se preenchidos dois requisitos: (a) subsidiariedade (só se admite o acionamento do sistema penal se o fato indesejado que se busca punir não puder ser evitado ou controlado pelos demais ramos do Direito, menos incisivos) e (b) fragmentariedade (o sistema penal só pode intervir no caso concreto se a conduta tida como criminosa tiver causado efetiva lesão ao bem jurídico tutelado).

Deve-se assegurar, ainda, que a responsabilidade penal do adolescente seja pessoal, de modo a se impedir responsabilização pela conduta de outrem (princípio da responsabilidade pessoal do agente). Essa responsabilidade também deve ser subjetiva (isto é, deve incidir apenas diante de uma conduta dolosa ou culposa) e ter por base a culpabilidade do adolescente (ou seja: adolescente inimputável por motivos que não a menoridade – como, por exemplo, nos casos de doença mental – ou que atue sem potencial consciência da ilicitude ou lhe sendo inexigível conduta diversa não pode responder pela prática de ato infracional).

E não pense que o rol de princípios se esgotou. Assim como o adulto, o adolescente em conflito com a lei, por ser sujeito de direitos, deve, ainda, ser destinatário de outros inúmeros princípios e garantias previstos no ordenamento, a exemplo do devido processo legal (o procedimento de imposição das medidas socioeducativas, analisado sob a égide constitucional, deve ser obedecido e proporcionar decisões justas), do contraditório e da ampla defesa (o acusado deve poder intervir no processo para exercer plenamente sua defesa, inclusive técnica, com igualdade de armas e de modo a poder influir na convicção do julgador), da igualdade (deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente aqueles que se encontram em situação distinta), da proporcionalidade (a medida socioeducativa deve ser proporcional à gravidade do ilícito), da presunção de inocência (na dúvida, deve-se absolver o adolescente, não se lhe aplicando nenhuma medida socioeducativa), da proibição do *bis in idem* (ninguém pode ser condenado ou cumprir medida socioeducativa duas vezes pela prática do mesmo ato infracional, vedando-se, aqui, a possibilidade de cumulação de medidas socioeducativas), da humanização das penas e da proibição da pena indigna (a pena não pode atentar

contra a dignidade do adolescente, não devendo ser cruel, desumana ou degradante) e da pessoalidade da pena (a pena, mesmo de reparação do dano, não pode passar da pessoa do adolescente condenado).

Após essa análise panorâmica do contexto principiológico no qual se encontra inserido o adolescente em conflito com a lei, verificaremos, a partir desse ponto, como esses princípios são empregados em proveito do seu destinatário, desde o momento da prática de um ato infracional e até que, eventualmente, seja-lhe imposta uma medida socioeducativa.

3.4.2 Da configuração do ato infracional (tipicidade e ilicitude)

Para alguns aplicadores do Direito, configura-se o ato infracional mediante a simples constatação da tipicidade formal da conduta perpetrada pelo adolescente (isto é, da existência de previsão legal da conduta como crime ou contravenção penal). Segundo esse entendimento, não importaria analisar a existência de tipicidade material para fins de afirmação da materialidade do delito.

Ora, esse raciocínio revela-se equivocado, porquanto violador de inúmeros princípios (exclusiva proteção de bens jurídicos, materialização do fato, ofensividade, intervenção mínima, culpabilidade).

Verificados os avanços da ciência penal, não se pode dizer, nos dias de hoje, que infração penal se resume à constatação da tipicidade formal, isto é, da previsão legal de determinada conduta como proibida (exemplo: matar alguém).

A uma, porque não é qualquer comportamento que pode ser descrito como infração penal. Fosse assim, o legislador poderia criminalizar qualquer conduta, a seu bel prazer.

É preciso que a conduta tida como criminosa desafie abstratamente um bem jurídico significativo para o homem, de tal modo que se revele imprescindível a invasiva intervenção do Direito penal para solucionar o problema.

A duas, porque, mesmo que abstratamente o comando legal demonstre proteção a um bem jurídico relevante, para haver infração penal é indispensável que, no caso concreto, a conduta do agente indique um desvalor social.

Com efeito, para que um fato seja considerado infração penal (o que inclui o conceito de ato infracional), não basta que esse fato seja formalmente típico; exige-se, além da sua descrição em lei (tipicidade formal), a demonstração de que a sua prática cria ou incrementa um risco proibido relevante, causando uma lesão significativa ao bem jurídico de outrem.

Desse modo, quem, agindo sem violência ou grave ameaça, subtrai coisa alheia móvel de pequeno valor e não causa qualquer prejuízo não pratica nenhuma infração penal, já que essa conduta, embora formalmente típica, não se reveste de tipicidade material.

Nesse ponto, faz-se necessário abrir um parêntese para esclarecer que o reconhecimento da faceta material da tipicidade faz emergir no campo do Direito penal juvenil o princípio da intervenção mínima, mais especificamente na faceta da sua fragmentariedade.

Conforme anotado linhas atrás, o princípio da intervenção mínima reveste-se de duas características: (a) subsidiariedade e (b) fragmentariedade.

A subsidiariedade atua *in abstracto*, correspondendo a um comando que deve ser obedecido pelo legislador antes da criação da norma jurídica incriminadora.

Pela faceta da subsidiariedade, deve-se entender o Direito penal (e consequentemente o Direito penal juvenil) como *ultima ratio*, isto é, como derradeira trincheira no combate de determinado problema social. Constatado um comportamento humano indesejado no seio da sociedade, deve o legislador, inicialmente, por meio de áreas do Direito menos severas do que o Direito penal, tentar conter esse comportamento por meio da imposição de vedações, restrições e sanções cíveis ou administrativas, jamais penais. Ultrapassada essa etapa, se restar infrutífera essa tentativa, mantendo-se a reprodução na sociedade de determinado

comportamento tido como inapropriado, porque violador de bens jurídicos relevantes, caberá, agora sim, a intervenção subsidiária do Direito penal, que fará uso das suas armas mais rígidas (capazes inclusive de cercear a liberdade) para realizar o controle social desse comportamento mediante a criação de uma nova infração penal⁸¹.

Já a fragmentariedade atua *in concreto*, devendo ser analisada após a violação, por pessoa determinada, de tipo incriminador já vigente em nosso ordenamento.

Pela faceta da fragmentariedade, deve o Direito penal, mesmo após a prática de um comportamento tipificado como infração penal, deixar de intervir nos casos em que, diante da situação concreta, não restar significativamente lesado o bem jurídico objeto de sua tutela.⁸²

Assim, de acordo com o princípio da fragmentariedade, o Estado deve deixar de intervir nos casos em que a conduta humana não cause lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Fala-se, nesse caso, que, embora o comportamento seja formalmente típico, é materialmente atípico (isto é, atípico na sua substância, no seu conteúdo).

Fechado o parêntese, é de se apontar que, desde o finalismo, em obediência ao princípio da responsabilidade subjetiva do agente, o fato típico apenas é preenchido em havendo conduta dolosa ou culposa do adolescente. Deve haver demonstração, assim, de que foi o adolescente o responsável pela infração penal, quer porque queria o resultado (ou assumiu o risco de produzi-lo), quer porque teve culpa na sua ocorrência (por agir com imprudência, negligência ou imperícia).

⁸¹ Exemplificativamente, coube ao Direito penal tipificar como proibido o comportamento daquele que, mediante violência ou ameaça grave, constrange alguém a manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso (crime de estupro), já que os demais campos do Direito não se mostraram capazes de conter esse comportamento, tido como inaceitável.

⁸² Exemplificativamente, nota-se que, embora quem se aproprie de coisa alheia móvel pratique um fato formalmente típico (crime de apropriação indébita), se se notar que, no caso concreto, não houve lesão significativa ao bem jurídico tutelado (como no caso da apropriação indevida de um lápis), não deve o Direito penal ser acionado, por atipicidade material da conduta.

Se o adolescente não age com dolo, nem culpa (como ocorre no caso do erro de tipo essencial inevitável⁸³), sua conduta não é típica, não podendo haver responsabilização.

Para que haja infração, é indispensável que o adolescente tenha, ao menos, ingressado nos atos de execução do comportamento proibido. Ninguém pode ser punido pela mera cogitação de uma infração penal ou pela prática dos atos preparatórios de um delito.

Lembre-se, ainda, que, da mesma forma que não são típicas as tentativas de contravenção culposa perpetradas por adultos, por força do artigo 4º da Lei das Contravenções Penais⁸⁴, adolescentes que praticam essa espécie de infração penal na forma tentada também não poderão ser punidos.

É de se anotar, ainda, que, diante do princípio da presunção de inocência, compete à acusação (Ministério Público) comprovar haver conduta formal e materialmente típica do adolescente, o que inclui a demonstração de dolo ou culpa (nos casos em que o tipo penal admite a forma culposa). Na dúvida, deve-se absolver.

Posto isso, cumpre-nos avançar.

Além da tipicidade formal e material, para que haja infração penal (no nosso caso, ato infracional), a conduta deve ser também ilícita ou antijurídica, ou seja, contrária ao Direito (se o agente age em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, há norma jurídica que ampara a sua conduta, não havendo que se falar em contrariedade ao Direito)⁸⁵.

⁸³ Há erro de tipo inevitável quando o agente interpreta mal a realidade, de modo que o resultado criminoso da sua conduta foge à sua consciência ou previsibilidade. É o que acontece quando, por exemplo, determinada pessoa sai de um estabelecimento levando guarda-chuva de outrem que acredita ser seu. No caso, independentemente da insignificância da conduta, o fato de o agente não saber que havia incidido na elementar do tipo “subtrair coisa alheia móvel” afasta a tipicidade do furto.

⁸⁴ “Art. 4º. Não é punível a tentativa de contravenção”.

⁸⁵ Para Zaffaroni, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito excluem a tipicidade (aqui chamada de conglobante), e não a antijuridicidade. Isso porque essas hipóteses correspondem a condutas antinormativas, isto é, incentivadas por lei. Ora, uma conduta incentivada pelo Direito (o que é o caso do estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito) não pode ser, ao mesmo tempo, prevista como proibida. Por isso, quem assim age não pratica conduta

Assim, se um adolescente causa a morte de outrem (praticando conduta descrita na lei como homicídio) para proteger a sua própria vida de uma agressão injusta, atual ou iminente, não existe ato infracional, já que o seu comportamento, embora formal e materialmente típico, não é antijurídico (já que se encontra acobertado pela justificante da legítima defesa). Realmente, seria totalmente incoerente falar em infração penal nos casos em que o próprio ordenamento jurídico entende como tolerável a prática de determinada conduta lesiva a um bem jurídico.

Nesses casos, não tendo ocorrido tecnicamente qualquer ato infracional, não pode haver responsabilização (não pode ser imposta medida socioeducativa), sendo cabível, apenas, se necessária, a imposição de uma medida protetiva.

Lembre-se que as causas de exclusão da ilicitude não se limitam àquelas previstas na parte geral do Código Penal, de modo que há outras espalhadas pela legislação (é o caso, por exemplo, do aborto necessário para salvar a vida da gestante ou da gravidez decorrente de estupro).

Anote-se que, embora a doutrina processualista aponte pela vigência, em nosso ordenamento, da teoria da *ratio cognoscendi* ou da indiciariedade (que indica que a tipicidade presume a ilicitude, cabendo ao acusado comprovar que sua conduta não é antijurídica), o artigo 386, VI do Código de Processo Penal assegura a absolvição do acusado no caso de fundada dúvida acerca da existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena. Claramente, esse dispositivo é aplicável ao Direito penal juvenil.

3.4.3 Do pressuposto para a aplicação de medida socioeducativa (culpabilidade)

Culpabilidade é capacidade de o agente compreender a ilicitude de determinado fato. Se o agente é capaz de identificar essa ilicitude, seu comportamento é socialmente reprovável; logo, culpável.

típica (2009, p. 395). Essa situação não se confunde com os casos de antijuridicidade (legítima defesa ou estado de necessidade), situações nas quais o agente, embora abarcado por alguma causa de justificação, manifesta comportamento tido como proibido (porque considerado desvalioso e não incentivado pelo ordenamento).

Conforme já salientado, com relação ao conceito analítico de crime, adota-se aqui a teoria bipartida, que entende serem substratos da infração penal a tipicidade e a antijuridicidade.

Embora não integre o conceito de infração penal, a culpabilidade corresponde ao pressuposto para aplicação da pena (no caso, da medida socioeducativa).

Diante dessa constatação, deve-se entender que, para a imposição de medida socioeducativa a um adolescente, este deve ter praticado não só uma conduta (formal e materialmente) típica e antijurídica; deve, também, ser culpável.

A culpabilidade constitui-se de três elementos: imputabilidade⁸⁶, potencial consciência da ilicitude⁸⁷ e exigibilidade de conduta diversa⁸⁸.

Diante desses elementos, fica fácil compreender que, se o adolescente realiza uma infração penal sem potencial consciência da ilicitude ou sendo-lhe inexigível a prática de conduta diversa, não se lhe pode impor medida socioeducativa, à vista da indiscutível ausência de culpabilidade.

A questão controvertida gira em torno do elemento *imputabilidade*.

Frequentemente, diz-se que o adolescente é inimputável. De fato, esta expressão consta do artigo 228 da Constituição Federal.

Ora, como a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, essa constatação poder-nos-ia levar ao entendimento de que nenhum adolescente é

⁸⁶ Há imputabilidade quando se constata que o indivíduo possui condições de entender o caráter ilícito do seu comportamento e se autodeterminar diante dele. Este elemento é destrinchado na continuidade desse texto.

⁸⁷ Há potencial consciência da ilicitude quando o indivíduo revela ter conhecimento da ilicitude do seu comportamento, isto é, quando sabe da proibição legal da conduta. Se o adolescente age em erro de proibição, lhe faltará potencial conhecimento da ilicitude; conseqüentemente, não haverá culpabilidade.

⁸⁸ Há exigibilidade de conduta diversa quando o indivíduo, podendo desenvolver outro comportamento, opta por desenvolver o comportamento delituoso. Se o adolescente age em situações de coação moral irresistível ou obediência hierárquica, lhe faltará exigibilidade de conduta diversa; em razão disso, também faltará culpabilidade.

culpável, tornando-se, conseqüentemente, desnecessário investigar a culpabilidade na seara juvenil.

Ledo engano.

Ao se afirmar que o adolescente é inimputável, quer-se dizer que este indivíduo, porque em formação, não pode ser responsabilizado penalmente da mesma forma que o adulto (noutras palavras, ao adolescente não se imputam as penas do Código Penal). Com efeito, a responsabilização do adolescente, por força de comando constitucional, deriva da aplicação de lei especial – trata-se do sistema das medidas socioeducativas.

Dito isso, é de se notar que a aferição da imputabilidade não se limita à constatação da idade do indivíduo (se maior de dezoito anos, é imputável; se menor, inimputável).

Não se pode confundir inimputabilidade presumida pela menoridade com inimputabilidade biopsicológica, uma vez que a primeira está contida na segunda, sendo uma de suas espécies.

Note-se que a imputabilidade biopsicológica pode ser decomposta em duas situações: (a) inimputabilidade psicológica e (b) inimputabilidade biológica.

A inimputabilidade psicológica ocorre nas hipóteses de desenvolvimento mental retardado e de doença mental. O desenvolvimento mental retardado pode ser clinicamente identificado quando da constatação de um distúrbio quantitativo da mente. Trata-se dos casos das pessoas outrora diagnosticadas pela Medicina como débeis mentais, imbecis ou idiotas (cf. BITTAR, 2009, p. 194). Já a doença mental configura-se nos casos de anomalia qualitativa da mente, correspondendo às situações de demência, de psicose, de toxicomania grave e de alcoolismo crônico grave.

Já a inimputabilidade biológica se dá nas hipóteses de desenvolvimento mental incompleto, que pode ocorrer em três situações: nos casos de pessoas com deficiência auditiva e de fala, isto é, dos surdomudos; nos casos de apedeutas, ou seja, de

silvícolas não aculturados ou de pessoas completamente ignorantes, que não possuem identidade social; e nos casos de presunção legal absoluta de incompletude de desenvolvimento psicológico, ou seja, quando se trata de indivíduo com idade inferior a dezoito anos.

Diante desse quadro, percebe-se que, afora a hipótese de inimputabilidade biológica presumida pela menoridade (última situação destacada), há outros casos de inimputabilidade biopsicológica que merecem ser considerados.

Lógico é que só se pode arguir inimputabilidade biológica por desenvolvimento mental incompleto causado pela menoridade nos processos que investigam adultos que cometem crimes (já que a responsabilidade penal juvenil pressupõe indivíduo com idade entre doze e dezessete anos – idade na qual o indivíduo é, necessariamente, biologicamente imputável). Excetuada essa situação, contudo, todas as demais hipóteses de inimputabilidade biopsicológica também são aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais: doença mental, desenvolvimento mental incompleto (por apeadeutismo ou surdomudez) e desenvolvimento mental retardado.

Assim, se o adolescente é considerado imputável por causa diversa da menoridade ou se age sem potencial conhecimento da ilicitude ou em caso de inexigibilidade de conduta diversa, não se lhe pode impor medida socioeducativa.

Com isso, o §3º do artigo 112 do Estatuto⁸⁹ perde a sua validade. Ora, se o adolescente tem algum distúrbio psicológico que afeta a sua capacidade de conhecimento e de autodeterminação, falta-lhe culpabilidade; logo, não se lhe pode aplicar qualquer medida socioeducativa.

Não sendo o adolescente culpável, inexistente o pressuposto para aplicação da medida socioeducativa, medida essa que, como já estudado, é dotada de caráter não só ressocializador e preventivo, mas também punitivo. Lembre-se: medida socioeducativa não se confunde com medida de segurança, que é a medida

⁸⁹“§3º. Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

aplicada a adultos absolvidos impropriamente em razão da constatação de sua inimputabilidade.

Não se pode impor, assim, aos adolescentes com doença ou deficiência mental medida socioeducativa – sequer mediante a garantia de um tratamento individual e especializado no transcorrer do seu cumprimento. Adolescente sem capacidade de conhecimento de ilícito ou de autodeterminação não pode sofrer qualquer espécie de responsabilização penal.

Assim, em sendo constatado que à época da prática do ato infracional o adolescente não possuía condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar diante dele, é caso de aplicação não de medida socioeducativa, mas sim, conforme o caso, de medida protetiva (a exemplo da requisição de tratamento psicológico ou psiquiátrico – artigo 101, V, do Estatuto), que não se reveste de qualquer viés punitivo. Repita-se: não existe medida de segurança no Direito penal juvenil.

Ainda para fins de aplicação de medida socioeducativa, deve-se analisar o quão culpável revelou-se a conduta praticada pelo adolescente. Realmente, a resposta do Estado perante o ato infracional praticado deve dar-se na medida da culpabilidade do adolescente. Aplica-se, aqui, perfeitamente, o texto do artigo 29 do Código Penal⁹⁰, bem como o §1º do artigo 112 do Estatuto⁹¹.

3.4.2 Da punibilidade do adolescente

Já se disse que, para que haja ato infracional, necessária se faz a existência de um fato típico e ilícito. Já se disse, também, que fato típico pressupõe não só descrição da conduta proibida em lei, senão também a demonstração de resultado desvalioso decorrente do risco provocado ou incrementado pela conduta do agente. Discutiu-se, por fim, a indispensabilidade da culpabilidade do adolescente para fins de imposição de medida socioeducativa.

⁹⁰“Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

⁹¹“§1º. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

Agora é o momento para se trabalhar a questão da punibilidade do adolescente.

Como consequência jurídica da prática de um crime, temos a punibilidade, que se consubstancia na possibilidade de o Estado punir o transgressor da lei penal.

Posto isso, nota-se que, da mesma forma que a prática de um crime ou infração penal faz emergir o direito de o Estado punir o infrator, a prática de um ato infracional também traz a lume esse direito punitivo estatal.

Nessa esteira, há punibilidade do adolescente sempre que o Estado puder exercer o seu direito de puni-lo (com base na responsabilidade mitigada trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos moldes do comando do artigo 228 da Constituição Federal).

Analisando-se o ordenamento jurídico de forma conglobante, chega-se à conclusão de as causas extintivas da punibilidade delineadas no Código Penal estendem-se ao adolescente.

Não se pode dizer, nesse ponto, que essas causas de extinção da punibilidade não beneficiariam adolescentes em virtude de o Estado ter o suposto dever de, por meio delas, *educar* o autor de ato infracional.

Conforme já analisado em momentos anteriores, a finalidade pedagógica da medida socioeducativa não afasta o seu caráter punitivo – o qual, impiedosamente, acarreta o cerceamento de direitos fundamentais, muitas vezes em detrimento do próprio desenvolvimento do adolescente. Lembre-se que a família, a sociedade e o Estado prescindem de punição (principalmente institucional) para educar o adolescente.

Ademais, revela-se extremamente perigoso – e arbitrário – utilizar o argumento de que a aplicação de medida socioeducativa gera um *bem* para o adolescente. Tal raciocínio poderia redundar no retorno do pensamento vigente no

período tutelar, quando o julgador, revestido de um poder extremamente amplo e paternalista, poderia privar direitos e garantias de crianças e adolescentes indeterminadamente e a seu bel prazer, apenas sob a oca justificativa de que se precisaria sanar uma situação irregular. Não se pode mais admitir situações desse feitio no ordenamento hodierno.

Em sendo assim, nada mais justo do que, com a constatação de uma excludente de punibilidade, seja assegurada a não responsabilização penal do adolescente autor de ato infracional.

Nesse sentido, é aplicável à seara do Direito penal juvenil o artigo 107 do Código Penal. Extinguem, pois, a punibilidade a morte do adolescente infrator; a anistia, graça e indulto, a *abolitio criminis*; a prescrição e a decadência; e a retratação do agente, quando a lei admite⁹².

No que toca especificamente à hipótese do artigo 107, IV, do diploma supra referido, a Súmula 338⁹³ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo a faceta penal da medida socioeducativa, entende perfeitamente aplicável ao adolescente o instituto da prescrição penal do adulto⁹⁴.

Cabe lembrar que há outras situações de extinção da punibilidade no ordenamento jurídico, a exemplo dos casos de desistência voluntária⁹⁵, arrependimento eficaz⁹⁶ e crime impossível⁹⁷.

⁹² Não é possível extinção da punibilidade do adolescente nos casos de perempção, renúncia do direito de queixa e perdão aceito (artigo 107, IV, *in fine*, e V, Código Penal), pois essas situações só são possíveis em caso de ação penal privada e, como se sabe, em sede de Direito penal juvenil só há ação penal pública.

⁹³ “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”.

⁹⁴ O cálculo do prazo prescricional no Estatuto da Criança e do Adolescente deve-se dar em três etapas: (1) Primeiramente, é preciso identificar o prazo máximo da medida socioeducativa a ser imposta (que é de três anos nos casos de internação, semiliberdade e liberdade assistida e de seis meses no caso de prestação de serviços à comunidade) ou o prazo máximo da pena *in abstracto* prevista no preceito secundário do tipo penal, no caso deste prazo ser inferior ao período máximo de duração da medida socioeducativa cabível no caso concreto. (2) Feito isso, deve-se aplicar o prazo obtido ao texto do artigo 109 do Código Penal, identificando-se o respectivo lapso da prescrição. (3) Por fim, conforme determinação do artigo 110 do Código Penal, cumpre dividir o número obtido pela metade, por ser o adolescente ser humano com menos de vinte e um anos de vida.

⁹⁵ Desistência voluntária (artigo 17 do Código Penal) é a situação em que o agente, iniciando os atos de execução do crime, abandona a prática delitativa voluntariamente. Nesse caso, há extinção de punibilidade do crime ainda não consumado, respondendo o agente apenas se os atos por ele já

Deve-se citar, ainda a título exemplificativo, a hipótese de isenção de pena nos casos de crimes patrimoniais praticados em detrimento de ascendente, descendente ou cônjuge (artigo 181, Código Penal). Ora, se o legislador previu essa hipótese extintiva da punibilidade para o adulto por entender que, por razões de política criminal, a manutenção da harmonia familiar sobrepuja o interesse punitivo estatal, não há motivo para não se aplicar essa hipótese de extinção na seara juvenil, lembrando-se que a medida socioeducativa é tão prejudicial ao adolescente quanto a pena o é para o adulto. Ademais, não custa lembrar: a educação se opera independentemente da imposição de punição (no caso, de medida socioeducativa).

Em conclusão: se o adulto tem direito à extinção da punibilidade, da mesma forma o tem o adolescente.

3.4.5. Da aplicação da medida socioeducativa

Regra geral, só é admissível a imposição de medida socioeducativa diante da comprovação processual, respeitado o princípio do contraditório, da prática de um ato infracional por adolescente determinado.

Excetua-se essa regra no caso de remissão, instituto jurídico pelo qual o juiz, independentemente da comprovação processual de culpa, pode impor ao adolescente o dever de cumprimento de medida socioeducativa não privativa de liberdade⁹⁸ de modo a evitar ou minimizar os constrangimentos naturais de um processo penal.

praticados encaixam-se em algum tipo penal autônomo (é o que ocorre, por exemplo, quando um adolescente, que pretendia praticar um furto, quebra a janela de determinada residência para nela ingressar e, logo depois, desiste de efetuar a subtração; esse adolescente, por haver desistido voluntariamente, não responde pelo furto; responderá, contudo, por dano).

⁹⁶ Há arrependimento eficaz (artigo 17 do Código Penal) nos casos em que o agente, imediatamente após consumir o crime, retrocede, desenvolvendo nova conduta para, de forma eficaz, evitar o seu resultado. Nesse caso, também há extinção da punibilidade, respondendo o adolescente apenas por eventual outro crime que decorreu dos atos por ele praticados.

⁹⁷ Há crime impossível sempre que, por inidoneidade absoluta do meio ou do objeto, o for impossível a consumação do delito (é o que acontece, exemplificativamente, quando, pretendendo-se a consumação de um homicídio, se desfere um tiro contra cadáver). Nesses casos, também se opera a extinção da punibilidade.

⁹⁸ Vale anotar que, nos termos da Súmula 108 do STJ, compete apenas ao juiz impor medida socioeducativa. Em sendo assim, não pode o promotor, antes do início do processo, impor ao adolescente, sem homologação judicial, medida socioeducativa como condição para o não oferecimento de representação.

Com efeito, é possível que o juiz, no curso do processo socioeducativo, conceda ao adolescente remissão⁹⁹, medida pela qual se pode obter a extinção ou suspensão do processo, com ou sem cumulação de medida socioeducativa em meio aberto. Em qualquer caso, a remissão depende do assentimento do adolescente.

Oferecida pelo Ministério Público como meio de extinção do processo, a remissão se equipara a uma hipótese de perdão judicial, forma de extinção da punibilidade. Oferecida como forma de suspensão do processo, a remissão tem natureza de transação penal¹⁰⁰; nesse caso, os autos ficarão suspensos até o implemento da condição suspensiva atinente ao devido cumprimento de medida socioeducativa não privativa de liberdade. Com o seu cumprimento, há extinção da punibilidade; seu descumprimento, por outro lado, gera a retomada da persecução penal.

Vale anotar que alguns doutrinadores entendem a transação penal como forma prejudicial de barganha de garantias penais em favor da rapidez processual. Nesse sentido, afirma-se que a adoção de procedimentos mitigatórios de garantias processuais, além de não trazer benefícios suficientes ao adolescente, configura perigoso instrumento de manipulação dos resultados de um processo onde as partes se encontram em posições de nítido desequilíbrio de forças. Diz-se muito mais adequado descriminalizar fatos de pequena gravidade do que equacionar o resultado de conflitos sem a obediência das formalidades do processo¹⁰¹.

⁹⁹ Vale anotar que, nos termos da Súmula 108 do STJ, compete apenas ao juiz impor medida socioeducativa. Em sendo assim, não pode o promotor, antes do início do processo, impor ao adolescente, sem homologação judicial, medida socioeducativa como condição para o não oferecimento de representação.

¹⁰⁰ O art. 76 da Lei 9099/95 dispõe que, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

¹⁰¹ “[...] Não há, portanto, na transação, uma correlação de forças; antes uma negociação, em posições desiguais, entre as partes. Mas não é só. Vulnera-se, também, o princípio da culpabilidade na medida em que se abstrai, na transação, o fato do agente ser ou não verdadeiramente responsável pela prática da infração [...]. Nenhum consenso – nem o da maioria, nem o do arguido – pode valer como critério de produção da prova. As garantias dos direitos não são derogáveis, nem disponíveis” (ZAFFARONI, 2009, p. 19).

Inobstante esse posicionamento, defendemos que, enquanto não se proceder à descriminalização de condutas de pequeno potencial ofensivo, a adoção de procedimentos de transação penal, desde que observe o consenso do réu, não configura qualquer retrocesso; consubstancia-se, na verdade, em uma legítima opção do acusado por um procedimento especial, mais célere e menos invasivo¹⁰².

Conforme nos ensina Luiz Flávio Gomes,

[...] a Lei 9.099/95 criou um “novo devido processo legal”, também cercado de garantias, mesmo porque nenhuma medida despenalizadora pode ser aplicada sem o consenso do autor do fato, consenso esse que sempre será acompanhado de assistência jurídica. Os direitos fundamentais coligados com o devido processo legal foram imaginados para a tutela do indivíduo frente ao Estado. O destinatário natural de tais direitos é, portanto, o indivíduo. Em razão da “autonomia de vontade” não nos parece incorreto que ele deixe de exercitá-los em alguns casos concretos para obter uma resposta estatal ao delito diferente da tradicional, menos estigmatizante e mais ressocializadora e integradora. Não podemos nos esquecer que a não-intervenção da resposta estatal punitiva clássica (prisão) nos litígios menores significa, em última análise, respeito à dignidade humana [...] (GOMES, 2002, p. 616).

De qualquer forma, destaca-se a necessidade de se ter cuidado no uso do mencionado instituto, para não torná-lo de aplicação automática.

A remissão é, sim, direito subjetivo do adolescente, ser humano em situação de desenvolvimento que, querendo, deve ter a oportunidade de abdicar do processo socioeducativo mediante o cumprimento de eventuais condições impostas.

¹⁰² “A Lei 9.099/95 não está presumindo culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, posto que posto que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Este diploma legal está, apenas, cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se do *processo tradicional*, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar uma eventual condenação com suas conseqüências naturais. A *transação penal* decorre da *autonomia de vontade*, e é produto do exercício da *ampla defesa*, que, estrategicamente, pode *preferir transigir* ao invés de assumir o risco e o desgaste de um processo alongado, com resultado imprevisível após a instrução probatória. A aquiescência do autor do fato, livre e assistida por seu defensor, na solenidade da audiência (devido processo legal), é suficiente para destruir a *presunção de inocência*. Com efeito, a *transação penal* e a *suspensão do processo* representam somente novos paradigmas na busca da *solução dialética* de parte dos conflitos sociais, através do consenso, assegurando-se sempre a primariedade do autor do fato, sem aplicar-lhe uma condenação com todos os seus efeitos. Ademais, a Constituição Federal, além de instituir a *transação penal* para as infrações penais de menor potencial ofensivo, delegou à lei ordinária a missão de prever as hipóteses em que sua aplicação seria possível (art. 98, I, CF)” (BITENCOURT, 1997, p. 158. Grifos do autor).

Nas palavras de Ferrajoli,

Uma tal redução das penas e a conseqüente simplificação do sentido acusatório do processo penal representam hoje, no meu modo de ver, os objetivos primários de uma política garantista do direito penal. Talvez para se chegar a tais resultados este longo caminho através das transações e das medidas alternativas seja um custo necessário (2002, p. 603).

Independentemente disso, deve o adolescente ter o poder e a oportunidade de recusar a adoção do instituto caso entenda que lhe será mais proveitoso usufruir suas garantias processuais (podendo, por exemplo, comprovar sua inocência). E não se pode admitir, em nenhuma circunstância, a imposição de remissão quando é caso de arquivamento do processo (por falta de justa causa, por exemplo).

De qualquer modo, uma vez adotada a remissão como meio de suspensão do processo, apenas pode ser imposta ao adolescente, como condição para essa suspensão, medida socioeducativa em meio aberto (sob pena de haver indiscutível desvantagem para o adolescente, que se veria punido com a mais severa das penas sem a observância de garantias processuais). Ademais, eventual descumprimento de medida socioeducativa imposta para fins de suspensão processual não pode redundar em regressão, mas sim na retomada do andamento do processo – caso contrário, haveria flagrante violação à garantia do contraditório, bem como ao princípio da presunção de inocência.

Sigamos adiante.

No bojo de uma ação socioeducativa que respeite os direitos do adolescente e as suas garantias processuais constitucionais, excetuados os casos de concessão de remissão, é imprescindível a comprovação da materialidade e autoria do ato infracional para a imposição de medida socioeducativa¹⁰³.

¹⁰³ Nesse ponto, entende-se inconstitucional o artigo 114, parágrafo único, do Estatuto, que dispensa comprovação da autoria do delito para a imposição de medida socioeducativa de advertência. Ora, todas as sanções previstas no Estatuto revestem-se de caráter punitivo, não devendo ser impostas sem que haja prova robusta de materialidade e autoria.

Conforme se extrai do texto da Súmula 342 do STJ, a confissão isolada do adolescente não importa prova suficiente de autoria. Isso porque, para a derrubada da presunção legal da inocência, é preciso um arco probatório seguro da autoria delitiva. Diante disso, é vedado à acusação desistir de outras provas diante da confissão do adolescente.

Restando substancialmente comprovada a prática de ato infracional por adolescente (fato típico e antijurídico), e em sendo esse indivíduo culpável e punível, cabe ao juízo prolator da decisão condenatória impor o cumprimento de uma medida socioeducativa, observados os parâmetros legais.

Lembre-se que, nos termos do artigo 228 da Constituição Federal, o adolescente pode ser responsabilizado de forma especial, consoante o sistema de medidas previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Inobstante isso, são aplicáveis a esse indivíduo princípios e regras subsidiários do Direito penal comum.

Anotado esse lembrete, é de se ver que, pelo princípio do *non bis in idem*, não pode o julgador punir o adolescente mais de uma vez pela prática do mesma conduta proibida. Em sendo assim, não é possível a imposição de duas ou mais medidas socioeducativas ao socioeducando (nem quando uma delas é a advertência); deve o juiz, isso sim, escolher a medida mais adequada ao caso concreto, observado o que dispõe o §1º do artigo 112 do Estatuto¹⁰⁴.

Com efeito, em se tratando das penas previstas no Código Penal, ao julgador é vedado impor mais de uma sanção, exceto nos casos em que a própria lei admite (como no caso do furto, em que é possível a aplicação de pena de reclusão de um a quatro anos e multa).

No sistema socioeducativo, não poderia ser diferente.

Ora, não se pode querer impor ao adolescente mais de uma medida socioeducativa sob o pretexto de que essa cumulação lhe representaria um *bem* (a

¹⁰⁴ “§1º. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

punição é sempre aflitiva); o juiz poderá, apenas, substituir uma medida por outra, observada a capacidade do seu cumprimento pelo condenado (artigo 112, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente), desde que essa substituição não implique regressão para regime mais grave – excetuada a hipótese de internação-sanção¹⁰⁵ – sob pena de violação à coisa julgada (que delimitou qual a medida mais grave aplicável ao adolescente, à luz das circunstâncias do caso concreto).

A cumulação de medidas socioeducativas, assim, é vedada com base na proibição do *bis in idem*. Nada obsta, contudo, a aplicação cumulativa de uma medida socioeducativa com uma medida de proteção (que, conforme visto, não possui finalidade retributiva).

No que se refere às medidas de semiliberdade e de internação, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, em seu artigo 122¹⁰⁶, rol taxativo das hipóteses de cabimento de medida privativa de liberdade. Diferentemente do que ocorre no Código Penal, aqui há regra específica que limita medidas de restrição ambulatoria a situações bastante específicas. Esse dispositivo revela-se plenamente constitucional e de acordo com o princípio do respeito ao adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento.

Afora a necessidade de preenchimento de uma das hipóteses do artigo 122 do Estatuto, é preciso, para que haja privação de liberdade do adolescente, que se observe o princípio da excepcionalidade das medidas socioeducativas em meio fechado.

O referido princípio, previsto não só no Estatuto (artigo 121¹⁰⁷), como também no texto constitucional (artigo 227, §3º, V¹⁰⁸) e nas Regras Mínimas das Nações

¹⁰⁵ A internação-sanção, prevista no artigo 122, III do Estatuto, caracteriza-se pela regressão do adolescente para medida socioeducativa privativa de liberdade pelo prazo máximo de três meses pelo fato de, injustificadamente, ter descumprido, de forma reiterada, medida em meio aberto que lhe restou anteriormente imposta.

¹⁰⁶ “Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

¹⁰⁷ “Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (item 14.4¹⁰⁹), coaduna-se perfeitamente com o movimento evolutivo do Direito penal, que prefere penas alternativas à privação de liberdade (princípio da suficiência da pena alternativa). Realmente, há muito já se constatou o quão falido encontra-se o nosso sistema carcerário.

Esse princípio assegura que, mesmo que preenchido um dos incisos do referido artigo 122, a imposição de medida privativa de liberdade apenas ocorrerá nos casos em que se mostrar indiscutivelmente necessária.

E quando haverá essa necessidade?

Uma interpretação apressada do Estatuto nos levaria a responder que, com base no princípio da excepcionalidade, só haveria necessidade de internação nos casos em que as medidas em meio aberto se mostrarem absolutamente incapazes de socioeducar o adolescente.

Internar, contudo, muito mais do que assegurar os direitos de ressocialização (finalidade ressocializadora da pena), atende à garantia da ordem social, bem como à eficácia da lei penal juvenil, de modo a se viabilizar a imposição de punição (finalidade retributiva) e evitar reincidência (finalidade preventiva). Medidas em meio aberto, de uma maneira geral, se mostram muito mais aptas à ressocialização do adolescente.

Nesse diapasão, é possível concluir que a internação apenas se revela imprescindível nos casos em que, analisados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do adolescente, os motivos, as circunstâncias e consequências do ato infracional, bem como o comportamento da vítima, verificar-se que o adolescente necessita de contenção para cumprir a medida (e, por consequência, participar de um processo de ressocialização). Esses são os

¹⁰⁸ “V. [...] obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”.

¹⁰⁹ “14.4. Em caso de modificação ou de revogação da medida não privativa de liberdade, a autoridade competente esforça-se por encontrar uma solução de substituição adequada. Uma pena privativa de liberdade só pode ser pronunciada se não existirem outras medidas adequadas.”

patamares para a análise do cabimento do regime inicial do adulto (artigo 59, III, do Código Penal)¹¹⁰, plenamente extensíveis ao adolescente em conflito com a lei.

No que toca à análise dos motivos e circunstâncias do ato infracional, deve-se utilizar como parâmetro a presença de agravantes ou atenuantes ou de circunstâncias de aumento ou de diminuição de pena previstas na legislação penal. Logicamente, não se procederá à dosimetria da medida socioeducativa nos mesmos moldes do Código Penal, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz regra específica acerca da duração das suas sanções, não havendo razão para afastá-la. Independentemente disso, a verificação da presença de agravantes ou de atenuantes (como a reincidência ou a presença de motivo de relevante valor moral), bem como de causas de aumento ou de diminuição da pena (a exemplo do arrependimento posterior ou da tentativa) auxilia o aplicador do Direito a capitular o delito e apontar a melhor medida aplicável ao adolescente, à vista, inclusive, dos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena (evitando-se, assim, que se deem soluções desproporcionais em processos nos quais haja a prática, por adolescentes com antecedentes análogos¹¹¹, de atos infracionais semelhantes).

No que diz respeito ao comportamento da vítima, curial é apontar que, mesmo sendo cediço que todas as ações socioeducativas são públicas incondicionadas, não dependendo de representação do ofendido, o consentimento deste último pode configurar excludente de tipicidade material ou de antijuridicidade, a depender de ser o bem jurídico violado disponível ou indisponível. Deve-se, assim, considerar a manifestação da vítima inclusive para se resguardar a ampla defesa do adolescente.

Urge lembrar que, nos termos da Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal (STF), a opinião do julgador no que se refere à gravidade em abstrato do delito não pode justificar a imposição de regime inicial mais severo. Na mesma linha é a disposição da Súmula 440 do STJ, que determina que, presentes circunstâncias

¹¹⁰ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

¹¹¹ Lembre-se que os antecedentes do adolescente desaparecem com a maioridade, não podendo macular um indivíduo após os dezoito anos.

judiciais favoráveis, também é vedado ao juiz impor regime inicial mais severo com base nessa mesma gravidade em abstrato do ilícito.

Com efeito, preenchido um dos incisos do artigo 122 do Estatuto, é indispensável a identificação de circunstâncias extraídas do caso concreto que apontem a necessidade da imposição de medida privativa de liberdade. Caso contrário, pelo princípio da excepcionalidade, tem o adolescente o direito a uma punição de natureza menos agressiva.

Nas palavras de Ferrajoli,

[...] posto que a determinação em abstrato do tipo de pena está ligada ao poder de determinação legal, enquanto a especificação em concreto da medida da pena diz respeito ao poder de conotação judicial, a primeira está reservada à lei e a segunda ao juiz (2002, p. 325).

Em sendo assim, mesmo que o adolescente tenha praticado infração revestida de violência ou grave ameaça ou seja reincidente em infração grave, só se admitirá a imposição de internação ou de semiliberdade nos casos em que a análise do caso concreto revele a imprescindibilidade do cerceamento da liberdade para o atendimento dos fins apregoados no artigo 6º do Estatuto.

Com relação à internação provisória, esta, por ser espécie de prisão processual, apenas pode ocorrer quando, além de haver prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, restarem preenchidos os requisitos da prisão preventiva (fim de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Embora alguns doutrinadores considerem cabível a internação provisória para a garantia da segurança pessoal do adolescente, melhor é entender pela inconstitucionalidade dessa fundamentação, porque desproporcional. A garantia da segurança pessoal do adolescente não se opera com a privação do bem que lhe é mais significativo – a liberdade – mas sim com o acionamento da rede protetiva.

Por ser medida cautelar, a internação provisória não pode desencadear resultado mais severo do que aquele que poderá ser obtido em eventual sentença condenatória.

Em sendo assim, com base no princípio da proporcionalidade, na sua faceta *adequação*, a internação provisória só se justifica quando a internação for medida cogente ao final do processo. Realmente, a internação provisória só pode ser decretada quando, além do preenchimento de um dos fundamentos do artigo 122 do Estatuto (ato praticado com violência à pessoa ou ameaça grave ou reiteração de atos graves), se constate, no caso concreto, que, em caso de eventual condenação futura, far-se-á indispensável a imposição de medida socioeducativa em meio fechado.

Noutras palavras, para que se imponha medida de internação provisória, é preciso constatar a necessidade de o adolescente, ao final do processo, ser condenado à medida privativa de liberdade.

Definida a medida socioeducativa aplicável ao adolescente, inicia-se o seu cumprimento.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a internação não pode ser executada em estabelecimento prisional. Não havendo instituição própria para a sua efetivação, o adolescente deve ser transferido para a localidade mais próxima onde haja essa instituição. Se impossível a pronta transferência, pode permanecer em seção isolada da delegacia comum pelo prazo máximo de cinco dias, sob pena de, em havendo dolo, configurar-se o crime do artigo 235 do Estatuto.

Ademais, tendo-se em foco os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização e da humanização das penas, a medida imposta, independentemente do atingimento efetivo dos seus fins, não pode ultrapassar as limitações temporais abstratas previstas na legislação. Fosse assim, poder-se-ia utilizar o sistema penal como temível instrumento de higienização social, revestido da turva finalidade de retirada de adolescentes infratores do seio da sociedade.

Bem por isso, toda pena necessita previsão de prazo máximo de duração¹¹².

Conforme se extrai de disposições do Estatuto, a prestação de serviços à comunidade deve durar no máximo seis meses; já a liberdade assistida¹¹³¹¹⁴, a semiliberdade e a internação, no máximo três anos¹¹⁵.

É de se verificar, ainda, que não basta que a lei traga abstratamente prazo máximo de duração da medida socioeducativa. Nessa esteira, a fixação judicial de medida indeterminada no caso concreto também viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da humanização e da individualização da penas.

Veja-se que as medidas socioeducativas em meio fechado submetem-se ao princípio da brevidade. Por ocasionarem um mal ao adolescente (já que restringem um dos direitos mais preciosos do homem, que é a liberdade), devem durar o menor período de tempo possível¹¹⁶.

¹¹² Nas palavras de Rodrigo Moretto, “Se, por um lado, temos a sociedade desejando a aceleração do processo e início da execução penal, ao mesmo tempo em que requer penas mais longas, temos, também, por outro lado, o garantismo penal trazendo à tona que o processo deve ter seu tempo e que o limite máximo da pena deve ser reduzido a um máximo estritamente necessário” (2005, p. xxvii).

¹¹³ Não se deve interpretar literalmente o artigo 118, §2º do Estatuto, que define período mínimo de seis meses para a liberdade assistida. Isso porque, se se entender que a medida já atingiu suas finalidades antes desse período, ela deve ser extinta.

¹¹⁴ O prazo máximo de duração da liberdade assistida, embora não previsto expressamente na Lei, decorre da interpretação do sistema. Ora, não pode haver medida sem prazo máximo, sob pena de se instituir uma punição perpétua. E, tendo-se em vista que o prazo máximo da internação, pena mais grave do Estatuto, é de três anos, não pode a liberdade assistida, que é pena mais branda, ter prazo superior ao daquela (sob pena de se violar a proporcionalidade).

¹¹⁵ Muito se discute acerca desse limite máximo de três anos. Particularmente, entendo tratar-se de prazo mais do que razoável, já que corresponde à metade do tempo de duração da adolescência (que se estende dos 12 aos 18 anos). Além disso, é de se lembrar que a velocidade do tempo cronológico em nada se assemelha ao transcurso do tempo subjetivo. Rodrigo Moretto nos lembra de como o tempo é relativo: “Parece óbvio, mas não é percebido, que o tempo objetivo passa igual para os que vivem fora dos muros e para os que estão atrás dos muros, porém o tempo subjetivo para ambos se mostra incompatível. Temos um tempo social para os que estão do lado de fora das muralhas, o qual se mostra progressivo, criador, cheio, enquanto que temos um tempo do encarcerado, que tem características diametralmente opostas, pois se mostra um tempo regressivo, improdutivo, vazio” (2005, p. xxiv/xxv). Em sendo assim, metade da adolescência parece muito para um indivíduo que, além de vivenciar esse período de forma regressiva, por estar em etapa de desenvolvimento e formação, tanto carece do suporte e companhia da família.

¹¹⁶ Para Ferrajoli, “a prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja” (2002, p. 331).

Significa dizer que as medidas de limitação ambulatoria não podem extrapolar o limite temporal do atingimento dos seus fins (retributivo, ressocializador e preventivo).

Em sendo assim, embora a legislação infanto-juvenil não traga expressamente o dever de fixação de uma quantidade certa de pena a ser aplicada pelo magistrado em cada processo (trazendo, apenas, valores genéricos mínimos e máximos, aplicáveis independentemente da espécie de ato infracional praticado), por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento conclui-se pela inconstitucionalidade de decisão judicial que condenar um adolescente sem especificar, fundamentadamente, a quantidade máxima de tempo de medida socioeducativa a ser cumprida em cada caso concreto, observado o princípio da brevidade.

Com efeito, a indeterminação das penas, além de causar terror psicológico ao internado¹¹⁷, atrela-se à noção de periculosidade do indivíduo. Penas indeterminadas, historicamente, buscam impedir que pessoas tidas como preordenadas ao crime delinquam, e são aplicadas independentemente da confirmação da prática de infrações penais (já que o que elas buscam é evitar infrações futuras). A sanção, nesse sentido, não se vincula ao crime, mas sim ao seu agente, em nítido tom de Direito penal do autor.

A medida socioeducativa sem prazo determinado é a demonstração inequívoca de que ela não se vincula à conduta, mas sim ao agente na melhor acepção positivista (Lombroso) (ROSA, 2007, p. 201).

Já se foi o tempo da etapa tutelar, em que medidas eram impostas aos adolescentes pelo simples fato deles se encontrarem em uma vaga situação irregular. Nosso Direito não mais se coaduna a esse tipo de pensamento organicista.

¹¹⁷ Note-se o quão prejudicial é a indeterminação da pena para o condenado: sem a certeza da quantidade de tempo de punição, o adolescente não consegue visualizar um futuro melhor. Vê-se ligado não a uma medida previamente calculada da qual pode esperar ansiosamente um fim certo e determinado, mas preso a um temeroso Umbral, sem qualquer perspectiva concreta de quando irá sair.

Portanto, seria inconstitucional a imposição medida penal com base em critérios de periculosidade. Ora, o adolescente é inimputável não em razão de possuir doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Não se pode dizer, assim, tratar-se de um indivíduo potencialmente perigoso, que necessite de restrição de direitos indefinidamente para o bem da ordem social.

Não basta, pois, a comprovação da autoria e da materialidade delitiva para que a imposição da medida socioeducativa se dê em consonância com o modelo penal atual. É preciso, também, que haja a determinação temporal da punição, verificadas as características do caso concreto.

Afora essas considerações, não pode haver imposição de medida socioeducativa dissociada de seu caráter ressocializante. Se o adolescente já se encontra ressocializado, não mais necessita da intervenção do Estado, devendo a ação socioeducativa ser extinta.

Sobre o tema, João Batista da Costa Saraiva elucida:

Não raras vezes, constatado que o jovem não tornou a infringir [...], se tem decidido pela extinção do processo, por ausência de interesse de agir de parte do Estado, na medida em que, presume-se, os instrumentos sociais de controle, família e sociedade, foram bastantes para o processo socioeducativo do jovem – tanto que não tornou a delinquir – autorizando o decreto de extinção do feito, por não mais persistirem as condições ensejadoras da ação socioeducativa (2006, p. 79).

Na mesma linha é o posicionamento de Martha de Toledo Machado:

o cerne desta intervenção educativo-pedagógica seria criar um processo pedagógico com potência de interferir na formação do adolescente, para – valorizando seu enorme potencial de autotransformação bem como ele próprio como o condutor de sua história de vida, como sujeito-agente desse processo pedagógico e não objeto dele – auxiliá-lo a modificar seu próprio comportamento, para que este se ajuste às regras do convívio social, favorecendo o desenvolvimento das potencializadas humanas mais sadias e solidárias do adolescente (2003, p. 251).

Assim, sendo fato que o fim retributivo da pena instala-se muito mais no momento da condenação do que no transladar do seu cumprimento (cf. GOMES,

2007, p. 704), verificada a concretização dos resultados pedagógicos da medida imposta (de modo que o adolescente demonstre haver incorporado os valores sociais e éticos ensinados e compreendido que *o crime não compensa*) imperativa se torna a sua extinção. É justamente por isso que se exige a reavaliação do desenvolvimento do adolescente internado, no mínimo, a cada seis meses.

Note-se: nenhuma medida socioeducativa pode ser imposta apenas com base no seu viés pedagógico, sendo imprescindível, para a sua decretação, além da necessidade de ressocialização, a imprescindibilidade da punição do adolescente (pelo fato deste haver violado bens jurídicos significativos). Nada obstante a essa constatação, uma vez imposta medida socioeducativa (porque se entendeu necessário o exercício do *ius puniendi*), com o atingimento do seu escopo pedagógico desaparece o interesse do Estado na punição. Afinal, a punição desacompanhada do fito de ressocialização perde a sua razão de existir.

Realmente, a finalidade pedagógica da medida socioeducativa, extraída não só do texto dos artigos 100¹¹⁸ e 123, parágrafo único¹¹⁹, do Estatuto, mas também de toda a principiologia da doutrina da proteção integral, é elemento indispensável à aferição da constitucionalidade da sua manutenção judicial.

Diante disso, e sendo indubitável o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (artigo 92, IX, da Constituição), é inválida qualquer decisão judicial que, ignorando os elementos informativos do processo (laudos técnicos, testemunhos, interrogatórios etc) que indiquem a reeducação do adolescente, opte pela manutenção de medida privativa de liberdade tão-somente sob a vaga justificativa de que *não transcorreu tempo suficiente de internação*.

Com efeito, pelo princípio da persuasão racional¹²⁰, não está o juiz obrigado a acatar laudo psicológico que ateste a substancial evolução do adolescente no

¹¹⁸“Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

¹¹⁹ “Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”.

¹²⁰ Conforme nos ensina Eugênio Pacelli de Oliveira, “por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente” (2009, p. 328).

transcorrer do cumprimento de medida privativa de liberdade. Inobstante isso, não pode o magistrado julgar sem fundamentação ou mediante fundamentos contrários às provas dos autos (principalmente considerando-se que a manutenção da privação da liberdade configura, em tese, prejuízo para o adolescente). Assim, se as provas do processo indicam que houve ressocialização, a medida deve ser extinta, pela perda do seu objeto.

Diante dessa argumentação, cumpre salientar que se, por um lado, a ressocialização impõe limites ao cumprimento da medida socioeducativa, por outro lado deve-se entender como incabível condicionar totalmente a extinção da pena à obtenção de resultados pedagógicos positivos. É certo que a medida socioeducativa deve revestir-se de roupagem pedagógica, sob pena de converter-se em um trabalho de Sísifo¹²¹. Entretanto, conforme já mencionado, a reeducação enquanto meta indispensável à cessação da punição revela-se totalmente inconstitucional, pois dá margem a penas realmente indeterminadas, fundadas em ultrapassadas teses correccionalistas. Em termos já salientados, é indispensável a um Direito penal moderno a determinação temporal das punições.

Nada obsta, contudo – pelo contrário, incentiva-se –, que, paralelamente à duração certa da medida, sejam empreendidos programas capazes de se ressocializar o adolescente¹²² e, concretizada essa ressocialização antes do término do prazo máximo da pena, seja ela extinta pelo atingimento da sua finalidade de prevenção especial positiva.

Assim, se uma sentença em ação socioeducativa aponta razões suficientes para a imposição a um adolescente de medida socioeducativa excepcional de internação, essa decisão deverá trazer, em seu bojo, a quantidade de tempo

¹²¹ Sísifo é personagem da mitologia grega que, em razão de sua rebeldia, foi condenado a rolar com as mãos uma grande pedra de mármore até o topo de uma montanha. Por ser a pedra muito grande e a montanha demasiadamente íngreme, a pedra, toda vez que chegava perto do topo, rolava montanha abaixo, de modo que a tarefa tinha que ser reiniciada reiteradamente, de forma inútil.

¹²² No que diz respeito à ressocialização destaca-se: “Difícilmente pode-se desenhar uma intervenção positiva neste sem uma prévia melhora substancial das condições de cumprimento da pena e do regime de execução do castigo. A *ressocialização* do infrator será um conceito sublime mas vazio de conteúdo – e o *tratamento*, um eufemismo – se os teóricos continuarem especulando inutilmente sobre a interpretação das categorias e conceitos transcendentais e se descuidarem dos problemas concretos que a execução da pena privativa de liberdade suscita: a classificação do interno, o regime de permissões e visitas, as comunicações etc”. (GOMES, 2002, p. 514. Grifos do autor).

máxima de privação e liberdade (igual ou – preferencialmente – inferior a três anos), à luz das circunstâncias do caso concreto e independentemente da possibilidade de a pena ser extinta antecipadamente em razão da existência de laudos periciais semestrais favoráveis. Não fosse assim, privar-se-ia o adolescente do direito de ter uma pena devidamente individualizada diante do quadro fático que o rodeia, em detrimento, inclusive, do princípio da igualdade, que assegura tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações diversas.

Por fim, os programas de ressocialização que acompanham o cumprimento das medidas socioeducativas não devem, em nenhuma hipótese, pretender modificar a personalidade do adolescente, *programando-o* para uma vida em consonância com as regras sociais. Diferentemente, os ideais pedagógicos devem ter por foco a transmissão de valores, a oferta de conhecimentos e a disponibilização de oportunidades aptas a permitir ao indivíduo a escolha do seu próprio caminho.

Nesse sentido, ensina Luiz Flávio Gomes com maestria:

[...] o próprio ideal ressocializador tem que *se relativizar*, com realismo, e ganhar em concreção. Sua interpretação correcionista, inclusive clínica, deve dar lugar a outra meramente funcional, que concebe tal meta ou objetivo não na forma de mudança qualitativa da personalidade do condenado, das suas atitudes, das motivações e estruturas mais íntimas, senão como oferta do sistema ao infrator, dirigida a enriquecer seu horizonte pessoal e vital (para interesse deste e não do sistema) e potencializar efetivamente suas possibilidades de participação social (2002, p. 514).

Destaca-se que em nenhuma das situações acima delineadas houve qualquer interpretação contrária à lei em sentido amplo, o que demonstra ser possível a aplicação coesa do Direito com obediência aos princípios constitucionais e sem deixar ao largo a justiça do caso concreto. Tal aplicação sistemática e teleológica do ordenamento não viola o princípio da legalidade; na verdade, concretiza-o na medida em que o intérprete, utilizando-se das ferramentas disponíveis no sistema, busca obediência também ao aspecto material do devido processo legal (ligado à ideia de se alcançar decisões justas), dando ordem e sentido ao sistema, à luz dos

valores tutelados pela nossa Constituição¹²³. Como nos lembra Claudia Lima Marques,

A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nesses tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas* [...] (2008, p. 91).

Desse modo, interpreta-se o Estatuto em conformidade com a principiologia constitucional¹²⁴, assegurando-se ao adolescente que a sua persecução penal e eventual punição obedeçam a patamares de razoabilidade, de proporcionalidade e de justiça.

3.5 Aspectos processuais e procedimentais: breves apontamentos

Em linhas anteriores, estudou-se que uma interpretação sistemática do Direito, que tenha olhos para os fins de justiça e de harmonização social, admite a intercomunicação de normas materiais penais e do Estatuto da Criança e do Adolescente com o objetivo de assegurar ao adolescente em conflito com a lei uma efetiva proteção integral, convergente com os princípios e valores estampados em nossa Constituição.

A partir de agora, faremos uma breve análise de alguns aspectos processuais traçados pelo Estatuto.

¹²³ Como nos lembra Zaffaroni, “[...] Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma ‘desordem’ arbitrária. As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel)” (2009, p. 395/396. Grifos do autor).

¹²⁴ Para Marinoni, [...] “A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais” (2008, p. 98).

Primeiramente, note-se que o artigo 111 da Lei nº 8.069/90 traz rol exemplificativo de garantias processuais ao adolescente¹²⁵. As cinco primeiras não são novidade no nosso sistema, sendo garantias também destinadas ao adulto. Já a garantia da solicitação da presença dos pais ou responsável no curso do processo de apuração de prática de ato infracional é exclusiva do adolescente, representando verdadeiro exemplo de discriminação positiva em favor de sua proteção integral.

Diz-se que esse rol é exemplificativo por dois motivos: porque esse próprio artigo 111, ao fazer menção a essas garantias, indica que elas existem *entre outras*; e porque, como já demonstrado, revela-se imprescindível irrigar o texto do Estatuto com os princípios e garantias de outros microssistemas jurídicos, inclusive da Constituição Federal.

Nesse ponto, vale lembrar que o devido processo legal é cláusula aberta que se encontra em constante evolução em nosso ordenamento jurídico. O desenvolvimento histórico e cultural irrefreável da sociedade faz com que o *due process of law*, nascido com a Magna Carta de 1215, passe por reiterados processos de oxigenação e de agregação de sentidos.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves,

Esse é o princípio que constitui a base de todos os demais. A Constituição Federal, no art 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bastaria que fosse acolhido o *due process of law* para que estivessem asseguradas aos litigantes todas as garantias e o direito a um processo e a uma sentença justa. “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” (2008, p. 37. Grifos do autor).

Assim, é da garantia do devido processo legal que emanam todas as demais garantias processuais, típicas e atípicas, funcionando esse conjunto de garantias

¹²⁵ “I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento”.

como um robusto arsenal jurídico de combate a arbitrariedades e de incessante busca pela justiça das decisões (lembre-se que o devido processo legal, na sua faceta material, representa nada menos do que a garantia de decisões justas).

Nesse contexto, contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência e duração razoável do processo são princípios, entre infinitos outros, que representam desdobramentos do devido processo legal, tendo presença no ordenamento jurídico pátrio independentemente de previsão expressa.

Como bem nos aponta Ferrajoli,

Como disse Leibniz, “toda forma dos procedimentos de justiça não é efetivamente senão uma espécie de lógica aplicada às questões de direito”. Esta espécie de lógica é a lógica indutiva. É, portanto, “lógico” antes que jurídico o valor normativo dos princípios metodológicos da necessidade de várias provas, da possibilidade de contraprova e do valor dirimente das contraprovas ou das contra-hipóteses não desmentidas. Não é necessário, ainda que fosse formalmente desejável, sua explícita formulação legislativa. Se tampouco as leis processuais contiverem alguma regra ou garantia normativa em matéria de formação das provas, uma decisão judicial que desatendesse aqueles princípios – condenando sem provas ou na presença de contraprovas, ou sem desmentir hipóteses alternativas – seria igualmente inadmissível. Acrescento, por outra parte, que a “lógica – entendido esse termo como compreensivo também da lógica indutiva – não tem só, no processo, o valor prescritivo que tem a respeito de qualquer atividade intelectual. Pelo menos em ordenamentos como o italiano, tem também um valor jurídico, ao haverem sido recepcionadas suas regras, ainda que genericamente, pelas leis e pela jurisprudência, por meio do princípio do controle da cassação da ilogicidade dos procedimentos judiciais”. Daí segue que a violação dos critérios que justificam a verificação indutiva é, em todo caso, uma causa de ilegitimidade e não de irracionalidade das decisões injustificadas, de conformidade com eles (2002, p. 123).

É esse devido processo legal aberto, garantista e multifacetário que se aplica ao procedimento da ação socioeducativa.

Bem por isso, todos os princípios e garantias processuais abraçados pelo texto constitucional (quer expressamente, quer implicitamente, como reflexo da garantia do devido processo legal) também se destinam aos adolescentes em conflito com a lei.

Feito esse esclarecimento, nota-se que uma dessas garantias previstas no seio constitucional, extensíveis ao rito do Estatuto, diz respeito justamente à tutela jurisdicional adequada (artigo 5º, XXXV e LIV da Constituição Federal).

Veja-se que o processo não existe por si. Realmente, o processo de nada serviria se não houvesse um direito material a ser instrumentalizado por ele. Nesse sentido, o principal objetivo do processo é a concretização de direitos materiais.

Por outro lado, os direitos materiais necessitam do processo para a sua consolidação. Não admitindo o nosso sistema a autotutela, ausente o processo, não haveria no ordenamento meio hábil para a exigibilidade do direito material.

Fala-se, diante disso, na existência de uma relação de circularidade entre direito material e direito processual (DIDIER JR, 2009, p. 65), relação essa que certamente também alcança matéria de conteúdo penal e processual penal.

Verificada a função do processo em nosso sistema, fica claro que não pode ele consubstanciar-se em um conjunto de regras frias, desconectadas das reais necessidades dos indivíduos que compõem as relações jurídicas materiais. Ora, o processo é instrumento de concretização de direitos materiais; deve assegurar, assim, a entrega da tutela jurisdicional mais adequada ao caso concreto – nos exatos contornos do devido processo legal substancial¹²⁶.

Nessa linha, confere-se ao julgador o poder de interpretar a norma processual com base em parâmetros de equidade, de acordo com o direito constitucional das partes a uma tutela jurisdicional adequada. Há, assim, possibilidade de interpretação equitativa das regras processuais.

¹²⁶ Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes traz a seguinte ponderação: “ao se exigir obediência às regras formais existentes no sistema, o que o sistema pretende é, ao final, uma solução que se coadune com o Direito. Ocorre que, se a obediência a essas regras jurídicas levar à materialização de injustiças, a segurança jurídica havida em decorrência da adoção desse regramento formal deturpará a função precípua do sistema. Aqui, os meios (formais) não justificam os fins (de injustiça)” (GOMES, 2008, p. 168).

Surge, aqui, o princípio da adaptabilidade do procedimento, que pode ser exercido tanto pelo legislador (no momento em que elabora as leis, que devem guardar consonância com as idiosincrasias do direito tutelado por cada procedimento) quanto pelo juiz (que tem o poder de adaptar os procedimentos criados pelo Poder Legislativo às peculiaridades do caso concreto).

Nas palavras de Fredie Didier Júnior,

[...] Se a adequação do processo é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede a efetivação de um direito fundamental (à defesa, á prova, à efetividade etc) [...]. A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, então, fundamental para a melhor consecução dos fins do processo” (2009, p. 43/44).

Com efeito, visando à concretização de direitos fundamentais, nada impede que o magistrado, almejando a justa solução do processo, exerça não só o seu poder geral de cautela, mas também articule regras procedimentais não cautelares em favor do acusado para, à luz do caso concreto e inspirado pelo princípio da proporcionalidade na sua faceta *necessidade*, adaptar o procedimento sem em nenhum momento comprometer a segurança jurídica. Para tanto, o magistrado deverá informar antecipadamente as partes da sua intenção de adaptar o rito de modo a se evitar surpresas, bem como fundamentar devidamente a sua decisão, que deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade e não causar, em hipótese alguma, desigualdade na relação processual.

Nesse sentido, exemplificativamente, pode-se admitir o alargamento de prazos processuais em ação que investiga grande número de infrações penais ou a designação de audiência de justificação logo após a citação do acusado para que este possa confirmar, desde logo, a presença de eventual excludente de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade.

É importante frisar: nessas situações, não há desrespeito ao devido processo legal, uma vez que a adaptação do procedimento pelo juiz é medida proporcional, obedece à lógica jurídica, exige fundamentação devida e não afeta as garantias

processuais das partes. Adequar o rito, nesses moldes, não afronta a Constituição; na verdade, concretiza-a.

Como nos aponta Luiz Flávio Gomes,

Do devido processo “legal” ao princípio do devido processo “multinormativo”, costuma-se adjetivar o princípio do devido processo com a expressão “legal”. Hoje já não parece adequado esse procedimento porque não é mais só a “lei” que constitui a sua fonte normativa. Do princípio do devido processo também fazem parte a Constituição assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Parece mais apropriado, portanto, doravante, falar em devido processo “multinormativo”, não em devido processo “legal” (salvo se a esta última palavra vier a ser dada uma interpretação bastante ampla, para se compreender a lei em sentido estrito, a Constituição assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos) (2008, p. 141).

Nesse ponto, impende destacar que o rigor formal dos procedimentos não pode colocar em xeque o direito que se pretende ver reconhecido¹²⁷. Repita-se: o processo é instrumento de concretização do direito material; identificada situação na qual o rigor da lei sobrepuja a possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional adequada, é caso de se adaptar o procedimento, em benefício do atingimento dos escopos essenciais de equidade e justiça.

Segundo Fredie Didier Júnior,

[...] Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme à Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade

¹²⁷ Para Galeno Lacerda, "Quando se fala em 'forma' no processo, acodem logo as palavras com que MONTESQUIEU inaugura o Livro 29, de seu Espírito das Leis: 'As formalidades da justiça são necessárias à liberdade'. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívocos, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretense e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto da vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne./ Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito. Tão fascinante é o estudo do direito processual no seu dinamismo, que conduz facilmente o espírito a hipertrofiá-lo como ramo do direito, em demérito dos demais" (1983, p. 08).

se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais (2009, p. 71/72).

O que não se permite é a adequação do rito de forma genérica e mal fundamentada, a manipulação de normas procedimentais sem que se constate, com clareza e em consonância com o princípio da proporcionalidade, alguma particularidade no caso concreto que evidencie a necessidade dessa adaptação. Agindo assim, o julgador infringe, de forma direta, diversos princípios constitucionais, revestindo-se sua decisão de incontestável invalidade.

No mais, é plenamente possível ao magistrado, resguardando o exercício das garantias processuais das partes, adequar o procedimento às necessidades de determinado caso concreto, conferindo aos sujeitos processuais um tratamento processual específico, capaz de, em última instância, viabilizar obediência ao princípio da igualdade (tratamento igual aos iguais e diferente a situações diferenciadas). Nesses termos, o princípio da adaptabilidade permite ao juiz conformar o rito ao caso concreto como decorrência do direito de proteção e do direito à tutela jurisdicional adequada.

Inobstante essa conclusão, cumpre destacar que, por vezes, faz-se necessário um intrincado trabalho interpretativo para que se admita a adaptação do procedimento pelo juiz.

Realmente, para poder vencer o texto explícito, pontual e minucioso de um rito processual, o magistrado deve trazer fundamentação que evidencie, com clareza, não só a indispensabilidade da adaptação do procedimento para a concessão de uma tutela jurisdicional mais adequada ao caso concreto, como também quais as regras aplicáveis em havendo a adaptação do procedimento. Tudo isso garantindo a previsibilidade da adaptação do rito, a proporcionalidade da decisão e o pleno exercício da garantia do contraditório pelas partes.

Desse modo, sem em nenhum momento se questionar a possibilidade de o julgador adaptar procedimentos para concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, não restam dúvidas de que, em situações demasiadamente

complexas, a melhor solução se torna a alteração legislativa, que, a um só tempo, evita arbitrariedades e garante o respeito ao *due process of law*.

Feitas essas considerações, pretende-se demonstrar, nas próximas linhas, que a aplicação textual do rito da ação socioeducativa, diante das modernas previsões do código de processo penal, traz acentos nitidamente antigarantistas.

Imprescinde dizer que não se pretende esgotar a análise das regras estranhas ao Estatuto que poderiam ser aplicadas em benefício dos adolescentes – tratar-se-ia esta de tarefa hercúlea que não compreende o objetivo do presente trabalho. O que se busca apenas é demonstrar a existência de incongruências no ordenamento que precisam ser solucionadas, sob pena de não serem concretizados os ideais constitucionais de prioridade absoluta e de proteção integral dos adolescentes em conflito com a lei.

Dito isso, convém apontar, inicialmente, que o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente para as ações socioeducativas foi nitidamente inspirado na redação original do Código de Processo Penal, anterior às modificações trazidas pela Lei nº 11.719/08: recebida a peça acusatória (representação), passa-se à citação, interrogatório do adolescente, defesa prévia em três dias, audiência das testemunhas de acusação e de defesa, alegações finais em cinco dias e sentença (artigos 182 a 190 do Estatuto). É possível a concessão de remissão (semelhante à transação penal) e a decretação de internação provisória (instituto que se assemelha à prisão cautelar). Os recursos admitidos pelo Estatuto são os mesmos do Código de Processo Civil, respeitado o prazo único de dez dias.

Com o advento da Lei nº 11.719/08, o processo que rege as ações penais sofreu nítidas alterações, tornando-se mais afeto às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira,

A começar pelo fato de ter inserido, no âmbito do procedimento (rito) ordinário e sumário, a concentração dos atos instrutórios em audiência una, na qual também se deverá proferir decisão final, salvo maior complexidade probatória que demande exame mais

cuidadoso, quando, então, se permitirá a apresentação de memoriais pelas partes e se fixará novo prazo para a sentença (art. 403, §3º, CPP). Mas não foi só. Houve mudança igualmente radical em relação à posição da defesa no processo. Agora, em todos os procedimentos, comuns e especiais, ressalvado, como veremos, o procedimento do Júri e dos Juizados Especiais Criminais, haverá resposta escrita da defesa, após a citação do réu. É dizer, o réu será citado para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, e não para comparecer em interrogatório. Aliás, o interrogatório, anteriormente visto como primeira providência defensiva e instrutória, passa a ser a última delas, ao final da audiência de instrução (2009, p. 597).

Falemos, em um primeiro momento, do instituto da resposta à acusação, que trouxe grande inovação para o processo penal.

Não se confunde ela com a defesa prévia, instituto previsto no Estatuto da Criança e da Adolescente que se consubstancia na peça processual ofertada facultativamente pela defesa, após o interrogatório, com a mera finalidade de evidenciar as provas a serem produzidas e apontar rol de testemunhas¹²⁸.

Na resposta a acusação, o réu, logo após ser citado (antes do seu interrogatório ou da produção de qualquer outra prova, portanto), tem dez dias para arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas (artigo 396-A do Código de Processo Penal). Trata-se de peça obrigatória da defesa. Se o réu demonstrar a existência manifesta de causa excludente da tipicidade, da ilicitude do fato, da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade¹²⁹, ou da punibilidade, deverá o juiz julgar antecipadamente a lide, absolvendo sumariamente o acusado (artigo 397 do referido *codex*). Nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira, “Como se vê, a atipicidade manifesta e a extinção da punibilidade, que, antes, eram fundamento para a rejeição da peça acusatória, agora são causas de absolvição” (2009, p. 605).

¹²⁸ Nas palavras de Mirabete, “A finalidade da defesa prévia é apenas a de dizer o réu o que pretende provar, qual a sua tese de defesa. Entretanto, por vezes o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito após a produção da prova. Assim, a apresentação da defesa prévia não é obrigatória, mas mera faculdade derivada do princípio da ampla defesa” (2006, p. 490).

¹²⁹ A inimputabilidade do agente fundada em doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não gera absolvição sumária, mas absolvição imprópria; embora absolvido o acusado, deverá ele cumprir medida de segurança.

Logo, é muito mais benéfico para o acusado ter a oportunidade de oferecer resposta à acusação, já que essa peça processual pode ensejar a extinção do processo ou até mesmo a absolvição sumária do indivíduo, consequência essa que é inalcançável por meio de defesa prévia.

Note-se, nesse ponto, que a aplicação dos institutos da resposta à acusação e da absolvição sumária ao rito da ação socioeducativa na verdade não tem fundamento no poder-dever do julgador de adaptar o procedimento, mas decorre da aplicação direta de comando da lei. Isso porque o artigo 394, §4º, do Código de Processo Penal determina expressamente que esses institutos, juntamente com as hipóteses de rejeição da peça acusatória, são aplicáveis a *todos* os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não previstos nesse Código. Com isso, do simples reconhecimento da natureza penal da medida socioeducativa decorre a importação da resposta à acusação e da absolvição sumária para o rito do Estatuto.

Ultrapassado esse ponto, nota-se que, com o advento da Lei nº 11.719/08, o interrogatório do acusado não é mais ato introdutório da instrução, mas ato derradeiro desta, que, aliás, desenvolve-se agora em audiência una, em benefício da celeridade processual.

Atualmente, entende-se que o interrogatório não é mais meio essencialmente de prova, mas, em especial, meio de defesa do acusado¹³⁰. Com isso, nada melhor do que a coleta de suas declarações ao final da instrução, momento em que, conhecendo todas as acusações, será mais eficaz o exercício de sua ampla defesa.

Ademais, por ser também meio de defesa, é assegurado ao acusado permanecer silente sem que esse seu silêncio seja interpretado em seu desfavor (nos exatos termos do artigo 5º, LXIII, da Constituição, que é reflexo do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que protege a não auto-incriminação). É garantida,

¹³⁰ Nas palavras de Mirabete, “Inserido no título VII (Da prova), deve-se considerar que, perante a nossa legislação, o interrogatório do acusado é *meio de prova*. Mas, como se observa agudamente na doutrina, não se pode ignorar que é ele, também, *meio de defesa*, pois não há dúvida que o réu pode dele valer-se para se defender da acusação, apresentando álibi, dando a sua versão dos fatos etc” (2006, p. 272. Grifos do autor).

inclusive, à recusa do acusado em responder às perguntas eventualmente realizadas no seu interrogatório, de modo que a consignação das perguntas feitas ao acusado que optou pelo silêncio não mais encontra respaldo legal.

Posto isso, sendo indubitoso o direito de silenciar, resta ilógica qualquer determinação judicial no sentido de obrigar o acusado a comparecer à audiência. Em sendo assim, o Código de Processo Penal, coerentemente, acatou a ideia de que o direito ao silêncio abarca a desnecessidade da presença do réu à audiência, caso opte por não fazer qualquer tipo de manifestação.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira,

A Lei nº 10.792/03, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, ao menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, §5º); o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único) [...]. Desse modo, também a condução *coercitiva* prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade -, é de se ter por *revogada*, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio (2009, p. 37. Grifos do autor).

Nada disso está previsto no Estatuto. A Lei nº 8.069/90 não só inicia a instrução processual com as declarações do adolescente (em detrimento da ampla defesa), como também determina a condução coercitiva do adolescente que não comparece em juízo para prestar seus esclarecimentos. Ademais, a instrução, no rito do Estatuto, prejudica a celeridade processual na medida em que depende da realização de duas audiências, uma para a apresentação do adolescente e outra para coleta das demais provas (artigos 184 e 187).

Diante dessa consideração, para o resguardo das garantias processuais do adolescente, curial se torna a adaptação judicial fundamentada do procedimento ou o advento de alteração legislativa que observe as novidades inseridas no Código de Processo Penal.

Vale anotar que não procede eventual argumentação no sentido de que a oitiva ao final do processo socioeducativo seria prejudicial ao adolescente porque retardaria a análise da admissibilidade do instituto da remissão. Isso porque, nos termos do artigo 188 do Estatuto, a remissão pode ser concedida a qualquer tempo. Em sendo assim, tratando-se de persecução socioeducativa que investiga a prática de ato infracional de pequena gravidade por adolescente que possui bons antecedentes, não sendo caso de arquivamento, deverá o juiz designar audiência de justificação no início do procedimento para fins de imediata análise do cabimento da remissão.

É de bom alvitre registrar, ainda, a omissão no Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da possibilidade de se incluir na peça acusatória a prática de um fato típico diverso daquele inicialmente apontado como tendo sido praticado pelo réu. Trata-se da aplicação da *mutatio libelli*.

A *mutatio* não se confunde com a *emendatio libelli*, instituto que autoriza o juiz a condenar o acusado com base nos fatos descritos na peça acusatória, independentemente de sua correta capitulação.

Como o juiz conhece o Direito, devendo apenas aplicá-lo corretamente ao caso concreto (*iura novit curia*), não há dúvidas quanto ao cabimento do instituto da *emendatio libelli* no âmbito do processo socioeducativo. Isso porque a *emendatio* apenas permite ao juiz corrigir a capitulação de conduta que, por já estar devidamente descrita na peça acusatória, é desde logo conhecida pelo acusado, que dela pode defender-se plenamente.

Noutras palavras, a *emendatio libelli* é reflexo do princípio da correlação entre acusação e defesa e não importa qualquer prejuízo para o réu, podendo ser normalmente aplicada no processo que investiga a prática de atos infracionais.

Com relação à *mutatio*, a situação se diversifica.

Veja-se que o artigo 384 do Código de Processo Penal traz o instituto da *mutatio libelli*, que autoriza o aditamento da peça acusatória pelo Ministério Público em razão da superveniência de prova nos autos acerca de elemento ou circunstância penal não contida na acusação inicial.

Tal aditamento ocorre independentemente da maior ou menor gravidade da nova tipificação do ilícito e deve obedecer o princípio do contraditório, dando-se prazo de cinco dias para a defesa se manifestar. Apenas após esse prazo é que o juiz poderá decidir pelo acolhimento ou não do aditamento; no primeiro caso, cada parte poderá arrolar, em cinco dias, até três testemunhas da nova imputação.

Verifica-se, assim, que o instituto da *mutatio* atende ao princípio da economia processual sem ensejar prejuízo à ampla defesa do acusado. Para Pacelli, “[...] na *mutatio* não há nova ação, mas aproveitamento daquela já instaurada, em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução” (2009, p. 574).

Não havendo previsão similar no Estatuto, não é possível ao julgador simplesmente alterar a capitulação do ato infracional sem permitir que o adolescente de defesa amplamente do novo fato que lhe é imputado. Assim agindo, haveria nítida violação às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, caso não haja adaptação judicial do rito socioeducativo que assegure novo prazo de defesa para o adolescente, é vedado ao magistrado, no curso da ação socioeducativa, admitir a alteração do fato-crime. Se, no transcorrer do processo, sobrevierem provas da alteração de circunstâncias ou elementos do ato infracional objeto de investigação, deverá o julgador, obrigatoriamente, extinguir o processo e aguardar o oferecimento de nova representação em face do adolescente, sob pena de afronta aos princípios da ampla defesa e da correlação entre acusação e sentença.

Ultrapassado esse ponto, impende anotar, ainda, que a Lei nº 11.900/09 disciplinou o interrogatório do réu por videoconferência, nas situações excepcionálistimas do artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal¹³¹.

Há, aqui, autêntico choque de direitos fundamentais: de um lado, tal inovação parece atentar contra o direito do réu de acompanhar presencialmente a produção da prova e de ter contato físico com o juiz, em prejuízo da ampla defesa; de outro, atende a finalidades econômicas, de segurança pública e de celeridade processual.

De qualquer sorte, não existe previsão semelhante no Estatuto da Criança e do Adolescente. À míngua de regulamentação jurídica específica, e em havendo entendimento no sentido de que o interrogatório por videoconferência pode prejudicar o exercício da ampla defesa, mais especificamente por violar o direito ao confronto, enquanto não advém lei específica, melhor é entender pelo seu não cabimento no rito da ação socioeducativa.

Com relação à citação por hora certa, inserida pela Lei nº 11.719/08 no artigo 362 do Código de Processo Penal, deve-se chegar ao mesmo raciocínio: por haver argumentação no sentido de que ela restringe o direito de defesa, violando, inclusive, o artigo 8º, §2º, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (que assegura ao acusado a ciência prévia e pormenorizada da acusação), melhor é entender que a sua adoção no rito da ação socioeducativa deve aguardar eventual alteração legislativa.

Diante dessas observações, independentemente da possibilidade de adaptação judicial de ritos, há que se reconhecer a conveniência de uma alteração legislativa do procedimento das ações socioeducativas. Essa conveniência se torna mais latente quando se verifica, pela leitura de Ferrajoli, que a debilidade das

¹³¹ “§2º. I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública”.

garantias processuais põe em risco a apuração da verdade dos fatos e, por via de consequência, os próprios direitos daqueles que estão sendo processados criminalmente¹³².

Em todo caso, conforme já enfatizado, os princípios e garantias processuais constitucionais merecem aplicação no bojo da ação socioeducativa independentemente de previsão legislativa específica. Com efeito, essa interpretação concretiza o devido processo legal, coadunando-se perfeitamente com os ideais de um devido processo legal que se pretende consagrador de um Direito penal mínimo.

Por fim, cabe a ressalva de que o processo interpretativo não é mecânico, mas decorrente de um exercício de pensamento lógico, do qual nem sempre brotam certezas jurídicas¹³³. Dúvidas, de fato, podem existir, mas estas não obstam a atividade interpretativa, senão a integram e enriquecem o raciocínio do aplicador do Direito.

O que não se admite, em hipótese alguma, é deixar-se abalar pelas incertezas e dispensar a devida interpretação da norma em detrimento da consecução dos objetivos traçados pelo nosso ordenamento. O Direito ideal, com efeito, constrói-se gradual e continuamente, sendo seus frutos colhidos por toda a sociedade brasileira, que se beneficia com os notáveis avanços de nossa ciência jurídica.

¹³² “A investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites normativos, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber. É por esta razão, como se verá, que a debilidade das garantias instrumentais corre sempre o risco de comprometer todas as garantias epistemológicas da verificação e da refutação fática, que são, assim, ainda mais carentes, no processo penal moderno, do que as garantias penais da verificabilidade e da refutabilidade jurídica” (FERRAJOLI, 2002, p. 124).

¹³³ Nos dizeres de Ferrajoli, “[...] A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados” (2002, p. 33. Grifos do autor).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo fato de se questionar a aplicabilidade das normas de natureza penal aos adolescentes, muitos juristas analisam o Estatuto da Criança e do Adolescente sem dar a devida importância ao processo interpretativo. Consequentemente, muitas regras jurídicas são aplicadas de forma anacrônica, em vergonhosa afronta aos ditames constitucionais.

Identificada essa situação, faz-se necessária uma interpretação jurídica conforme a Constituição, capaz de assegurar ao adolescente em conflito com a lei uma disciplina jurídica mais protetiva, em consonância com as exigências da legalidade e efetivamente capaz de proteger direitos fundamentais.

Não se pode esquecer que, nos dias atuais, o princípio da legalidade deve ser compreendido no seu sentido amplo, enquanto dever de respeito a todos os princípios e regras do ordenamento (inclusive ao princípio da proporcionalidade).

Analisados os novos métodos e princípios hermenêuticos, não resta dúvida do quão ultrapassada revela-se uma simples interpretação legalista de nosso sistema normativo. O juiz não é mera boca da lei, mas verdadeiro escultor da justiça do caso concreto.

Com efeito, impescinde ao aplicador do Direito moderno valer-se de mecanismos de interpretação integradores e sistêmicos, atentos não só aos dispositivos normativos (regras e princípios), senão também à realidade social e aos valores políticos e culturais delineados pela sociedade no momento histórico em que se vive.

Diante disso, é dever do julgador fazer bom uso do Direito, inter-relacionando normas jurídicas na busca de se conceder a cada pessoa um tratamento jurídico justo, proporcional e coeso.

Sob a ótica desse raciocínio, deve-se considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe regras jurídicas que buscam a integral proteção dos seus destinatários, inclusive dos adolescentes em conflito com a lei.

Em sendo assim, não é pelo fato de o referido Estatuto não prever expressamente direitos e garantias de um direito penal mínimo que esses direitos e garantias devem ser ignorados pelo aplicador do Direito na seara juvenil. Na verdade, seria anti-isonômico ofertar garantias penais aos maiores de dezoito anos e simplesmente ignorar a existência dessas garantias no que se refere aos adolescentes em conflito com a lei. A aplicação de tratamento diferenciado não se justifica quando implicar a distorção do sistema protetivo.

Desse modo, quando se trata das regras jurídicas aplicáveis diante da prática de uma infração penal, facilmente se constata que há, no ordenamento jurídico pátrio, lei geral que em alguns aspectos é mais protetiva do que a especial, merecendo, pois, informar o Direito penal juvenil.

Nosso Direito penal reveste-se de um arsenal garantista que assegura a mínima intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Inobstante a ausência de previsão legal específica, é inquestionável que esse arsenal garantista possui largo campo de atuação no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tendo-se em vista que a faceta material da medida socioeducativa (isto é, o seu conteúdo) reveste-se irremediavelmente de um caráter punitivo (já que essa medida possui, tal como a pena, características não só preventivas e ressocializadoras, mas também punitivas), a identificação dessa situação e a consequente absorção das regras penais pelo plano juvenil em nada prejudicam os adolescentes – que, na prática, já são tratados, mesmo que não formalmente, como *criminosos-mirins*. Ao reverso, essa identificação amplia os horizontes dos operadores do Direito, que, ao lidarem com as ações socioeducativas, mostrar-se-ão suficientemente atentos para não ignorar esse viés punitivo e, com isso, conceder aos adolescentes em conflito com a lei nada além da medida estritamente necessária para o alcance das suas finalidades (de prevenção, geral e especial, além da retribuição).

Note-se que esse raciocínio em nada afasta – ao contrário, complementa – a necessidade de se dar ênfase à faceta pedagógica da medida socioeducativa. O que se pretende não é afastar as especificidades do Estatuto ou destruir as garantias do adolescente, mas agregar-lhe outras, de modo a se viabilizar a real consecução dos escopos da doutrina constitucional de proteção integral.

Por esse prisma, o Direito penal juvenil deve, necessariamente, deixar-se embeber por garantias constitucionais penais e processuais penais expressas, tais como: devido processo legal (artigo 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV), juiz natural (artigo 5º, LIII), presunção de inocência (artigo 5º, LVII), legalidade (artigo 5º, XXXIX, LXI e LXV), vedação de tribunal de exceção (artigo 92), retroatividade da lei mais benigna (artigo 5º, XL), personalidade e individualização da pena (artigo 5º, LXV e XLVI).

Deve, ainda, o adolescente sujeitar-se aos princípios constitucionais implícitos – a exemplo do princípio do melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, que, visando à concretização dos mandamentos da doutrina da proteção integral, assegura ao adolescente um tratamento jurídico igual ou preferencialmente mais benéfico do que aquele que seria conferido a um adulto em idêntica situação. Não fosse assim, melhor seria não existir a lei especial, evitando-se a atribuição de tratamento jurídico inócuo ou mais prejudicial ao grupo de pessoas que se busca proteger.

Além dos direitos previstos em nossa Constituição, o adolescente também faz jus à proteção que lhe é conferida pela legislação infraconstitucional, quer geral, quer especial, que, vale lembrar, deve sempre ser oxigenada pelos mandamentos constitucionais.

Assim, o adolescente, sendo ou não infrator, merece ser agasalhado por todos os direitos constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo-lhe assegurada uma discriminação legal positiva.

E, quando em conflito com a lei, o adolescente deve ser destinatário das regras garantistas do Direito penal, como forma de se coibir abusos por parte do Estado na escolha e na quantificação da retribuição, que deve se mostrar minimamente agressiva aos direitos do adolescente e ser executada de forma digna e preponderantemente ressocializante, de modo a se viabilizar o alcance dos fins previstos no Estatuto.

No mais, de nada adiantaria enriquecer o adolescente com princípios e garantias fundamentais se não lhe restasse assegurado um procedimento capaz de efetivar os seus direitos. Justamente por isso, autoriza-se a destinação de regras processuais gerais ao adolescente como forma de concretização do princípio constitucional da tutela jurisdicional adequada, que assegura a possibilidade de adaptação judicial do rito da ação socioeducativa em favor da materialização dos direitos e garantias do adolescente em conflito com a lei.

Por todo o exposto, fica clara a necessidade de abandono do ultrapassado raciocínio positivista em prol de uma visão ontologistizante do Direito.

Nosso sistema jurídico não mais reflete um conjunto de normas estanques organizadas hierarquicamente à espera de um movimento maquinal e avalorativo de subsunção. A partir do desenvolvimento da teoria do diálogo das fontes, regras e princípios de diferentes hierarquias se comunicam em diversos níveis, na direção da concretização de direitos e garantias fundamentais.

Em suma, pode-se concluir que somente mediante uma análise holística do ordenamento jurídico pátrio se torna possível tratar o adolescente de forma a se ratificar a sua condição de sujeito de direitos merecedor de um tratamento jurídico justo, digno e que o discrimine positivamente, em plena consonância com os escopos da doutrina da proteção integral.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. São Paulo: Globo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BITTAR, Neusa. **Medicina Legal**. Araçatuba: MB, 2009.

BLEGER, JOSÉ. **Psico-higiene e psicologia institucional**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Diário de um Século: autobiografia**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BROIDE, Jorge. **Psicanálise nas Situações Sociais Críticas: violência, juventude e periferia em uma abordagem grupal**. Curitiba: Juruá, 2009.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2003.

COSTA, Ana Paula Motta. **As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

DICÁGOMO, Murilo. Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia e Filosofia*. São Paulo: Ícone, 1994.

ENGELS, Friedrich. **A Dialética da Natureza**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. Segurança Pública e o Direito das Vítimas. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Introdução aos Fundamentos Teóricos da Criminologia. In: **Criminologia**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

_____.; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: riscos e precauções**. São Paulo: Premier, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Revista **Jurídica**, Porto Alegre, v. 272, p. 35-63, junho 2000.

HUSMAN, Louk. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1993.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Revista da **AJURIS**, Porto Alegre, v. 28, p. 7-14, jul. 1983.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa**. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. **Proibições de Excesso e Proteção Insuficiente no Direito Penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Verbatim, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

_____. Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: controle do espaço na sociedade do tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASCUIM, Luiz Eduardo. **Menoridade Penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e a Natureza do Sistema de Responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROUDINESCO, Elizabeth. **Retorno à Questão Judaica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

SARAIVA, João Batista. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO –SINASE / SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. São Paulo: Método, 2008. v. 1.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

ZAPATA, Fabiana Botelho. Internação: medida socioeducativa? Reflexões sobre a socioeducação associada à privação de liberdade. Revista da **Defensoria Pública**, São Paulo, p. 43-50, 2010. Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude.

APÊNDICE

SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), regulamentou os artigos 227 e 228 da Constituição Federal, trazendo novel regramento jurídico destinado a crianças e adolescentes, agora sujeitos de direitos.

Trata-se essa lei de um microsistema jurídico composto por normas de diversas naturezas, inclusive penal. Seu objetivo principal é assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes, inclusive dos adolescentes em conflito com a lei, os quais, como sabemos – e conforme a nossa realidade nos mostra –, independentemente dos ideais pedagógicos das medidas socioeducativas, também são destinatários do *ius puniendi* estatal.

Ocorre que, conforme estudado, a omissão do Estatuto acerca da natureza também punitiva das medidas socioeducativas leva a interpretações incongruentes do ordenamento: muitas vezes, o tratamento jurídico destinado ao adulto infrator se revela mais garantista do que aquele criado para proteger o adolescente, invertendo-se a lógica protetiva da doutrina da proteção integral.

Diante dessa constatação, bem como do apontamento de que existem algumas incongruências/inconstitucionalidades impregnadas no texto do Estatuto, seria conveniente a modificação legislativa de alguns dos dispositivos da Lei nº 8.069/90, tendo-se em vista a necessidade de concretização dos direitos do adolescente acusado da prática de atos infracionais.

Feitas essas colocações, seguem quatro pontuais sugestões de alteração do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente:

1) Destinar aos adolescentes, em artigo próprio e de forma genérica, todos os princípios e garantias penais e processuais penais de que são beneficiários os adultos;

2) Modificar o rito da ação socioeducativa em pontos específicos, de modo a importar do Código de Processo Penal os institutos da resposta à acusação, da absolvição sumária e da *mutatio e emendatio libelli*;

3) Adotar o interrogatório como último ato da audiência de instrução, de modo a se assegurar a ampla defesa do adolescente em conflito com a lei.

4) Corrigir as previsões legais que admitem a imposição de medida de advertência sem prova de autoria (artigo 114, parágrafo único, ECA), a decretação de condução coercitiva do adolescente que não comparece à audiência (artigo 187, ECA), a prescrição de medida socioeducativa a adolescente não culpável (artigo 112, ECA) e a cominação de medida socioeducativa por prazo indeterminado (artigos 120, §2º, e 121, §2º, ECA).

Tais aperfeiçoamentos legislativos, além de rechaçarem a inconstitucionalidade de alguns dispositivos normativos, evitam interpretações jurídicas geradoras de subversões do sistema protetivo e beneficiam largamente o adolescente enquanto sujeito de direitos que se encontra momentaneamente em conflito com a lei.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)