



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MAYARA DE MELLO SAMPAIO CUNHA

**Princípios e Garantias do Direito Penal absorvidos pelo
Direito Penal Juvenil**

BRASÍLIA

2014



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Princípios e Garantias do Direito Penal absorvidos pelo Direito Penal Juvenil

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do Curso de Direito na Universidade
de Brasília -UnB.

Orientadora: Prof.^a Doutora Daniela Marques
de Moraes

BRASÍLIA

2014

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Daniela Marques de Moraes, por ter aceitado o desafio de orientar um trabalho, cujo tema discrepa de sua posição acadêmica, e por todo apoio e incentivo recebidos.

Ao querido amigo e revisor Wagner Oliveira, pelo compromisso e tempo dedicado.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Marcelo e Julieta, e aos meus irmãos, Marcelo Filho e Filipe, fontes de inspiração e amor inesgotável.

RESUMO

Com o presente estudo, a autora fez uma remissão histórica aos direitos da criança e do adolescente, dando ênfase às legislações que resultaram na implantação do paradigma em vigor. Foi verificado que, ao longo dos últimos anos houve grande evolução na promoção, proteção e preservação dos direitos infanto-juvenis, e que, inspirados e fundamentados nas normativas internacionais, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiram como frutos desse processo evolutivo de proteção. Após, passa-se à análise do tratamento especial para as crianças e adolescentes previsto no Estatuto de 1990, verificando os princípios específicos disciplinados, como a observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a prioridade absoluta e o melhor Interesse do adolescente. Também são analisadas as divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica da medida socioeducativa, optando-se pela corrente que defende a existência do Direito Penal Juvenil. Finalmente, passa-se à análise da legislação aplicável aos adolescentes em conflito com a lei, verificando a pertinência de estender a esse adolescente direitos e garantias previstos em diplomas como o Código Penal e Código de Processo Penal.

Palavras Chaves: Direito infanto-juvenil. Princípios fundamentais. Garantias processuais.

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – HISTÓRICO DO DIREITO PENAL JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
1.1. Da fase imperial até a década de 70	10
1.2. O Código de Menores (1979) e a Doutrina da Situação Irregular.....	12
1.3. A Constituição Federal de 1988 em face das diretrizes internacionais	15
1.3.1. Declaração dos Direitos da Criança (1959)	17
1.3.2. Regras de Beijing (1985) e as Diretrizes de Riad (1990)	18
1.3.3. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990)	19
1.3.4. Convenção das Nações Unidas dos Direito da Criança (1989)	19
1.4. Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral	21
CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL JUVENIL ..	26
2.1. Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento	26
2.2. Princípio da prioridade absoluta	29
2.3. Princípio do melhor Interesse do adolescente	32
2.4. Princípio da Municipalização	36
CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, GARANTIAS PROCESSUAIS E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	38
3.1. A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa, a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal Juvenil	38

3.2. Princípios Constitucionais e Garantias Processuais do Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente	44
3.2.1. Princípio da Legalidade	45
3.2.2. Princípio da Intervenção Mínima	46
3.2.3. Princípio da Lesividade	48
3.2.4. Princípio da Humanidade	49
3.2.5. Princípio da Culpabilidade	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da doutrina do Direito Penal Juvenil, a partir da exposição de particularidades presentes no Direito Infanto-Juvenil pátrio, cujos pressupostos consagram o Direito Penal Juvenil.

Busca-se a compreensão das peculiaridades e da abrangência das garantias individuais e processuais destinadas aos adolescentes, autores de atos infracionais.

O primeiro capítulo trará uma abordagem histórica do avanço normativo do Direito da Criança e do Adolescente nas últimas décadas, considerando as conquistas do direito internacional por meio de tratados, declarações e convenções, e seus reflexos na evolução da legislação brasileira, suscitando a adoção da Doutrina da Proteção Integral e seus pressupostos na Constituição Federal de 1988 e, após, com a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A realização de estudos específicos em relação à infância e juventude, a promulgação de uma Constituição atenta a esse público e a elaboração de seu Estatuto próprio, possibilitou o desenvolvimento de novo ramo do Direito. Trata-se do direito voltado à identificação das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, titulares de garantias, por meio de tratamento diferenciado, em respeito à condição especial daqueles, como pessoas em desenvolvimento.

Estabeleceu-se, além disso, uma ruptura frente às doutrinas anteriores, instrumentalizando, desse modo, ampla reforma, que resultou no implemento do paradigma da Proteção Integral, rompendo com a Doutrina da Situação Irregular que vigorava anteriormente, e inaugurou um processo de responsabilização juvenil, que firmou o caráter Penal Juvenil.

Na segunda parte, será analisado o tratamento jurídico dado aos adolescentes em conflito com a lei, por meio da exposição de princípios próprios do sistema de responsabilização preconizado pelo ECA.

O objetivo maior dessa parte é pontuar sempre que, ainda que o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha representado grande evolução em termos de reconhecimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, existe um caminho a ser percorrido para que a efetivação desses conceitos seja real. Especialmente, quando se trata de adolescente infrator, existe grande resistência da sociedade diante da falsa sensação de impunidade proveniente do

tratamento diferenciado a ser dispensado aos adolescentes, pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que representa preconceito a ser vencido.

São elencadas justificativas para a necessidade do tratamento diferenciado aos adolescentes, em particular aos que se encontram em situação infracional, assinalando que tal qualificação é de caráter temporário, mas que se deve buscar a conjunção de esforços do governo e da sociedade para revertê-la.

Soma-se a esse objetivo a ênfase à manutenção do sistema de proteção infanto-juvenil em seus aspectos favoráveis, bem como à necessidade de suprir suas falhas e lacunas, fundamentando-se sempre nos princípios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta as divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da medida socioeducativa, optando-se por justificar o caráter punitivo das medidas aplicáveis aos adolescentes infratores, assinalando que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidou-se no País o Direito Penal Juvenil, alicerçado no garantismo e em princípios penais.

A questão do tratamento dado para jovens em situação de violação infracional é sempre muito complexa, isso porque de um lado existe a necessidade de proteger e ressocializar estes jovens e, de outro, é preciso dar resposta à sociedade, que se encontra alarmada com a crescente onda de violência praticada por adolescentes.

Nesse tema, tentaremos responder algumas perguntas: quais os princípios que regem o processo de julgamento de jovens infratores? É possível transplantar princípios do Direito Penal e Processual Penal pátrio para o processo juvenil? Essa aplicação subsidiária dos princípios e garantias dados aos adultos trazem perdas ou ganhos aos adolescentes infratores?

Para propor respostas, este trabalho analisa, de maneira sucinta, (i) O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e as garantias fundamentais, em relação à população Infanto-juvenil; (ii) procura entender a natureza jurídica das medidas socioeducativas (iii) e evidencia a realidade do tratamento dado ao adolescente infrator, suas lacunas e necessidade de ser amparado por princípios e garantias, a priori, destinados aos adultos.

Do mesmo modo que os adultos, crianças e adolescentes são titulares dos direitos humanos correspondentes a todas as pessoas, somando-se a estes, direitos específicos e indispensáveis à formação da sua personalidade. Como ensina Schreiber (2001, p. 53), “[...] as

crianças têm direitos específicos indispensáveis para sua formação, que requerem do adulto e da sociedade comportamentos que os garantam.”

A garantia desses direitos exigiu nova dimensão constitucional concernente à população infanto-juvenil, que traduziu-se em sistema político-social baseado na promoção e na garantia de todas crianças e adolescentes, sem discriminação, e de conteúdo essencial e prioritário. Por isso, aumentou a importância da família, das instituições e da comunidade, como responsáveis diretos na formação destes indivíduos em desenvolvimento.

É demonstrada a necessidade de garantir a existência de sistema jurídico capaz de absorver esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, fundamentalmente no que tange à questão do envolvimento do adolescente com a prática de infrações, ou seja, daquele adolescente em conflito com a ordem jurídica, sob o ponto de vista do Direito Penal Juvenil.

As considerações expostas buscarão enriquecer o debate acerca dos princípios e garantias constitucionais, referentes ao processo penal, são aplicáveis no âmbito do processo penal juvenil.

CAPÍTULO I – HISTÓRICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para melhor compreensão do atual panorama do direito infanto-juvenil, é de grande importância a compreensão da evolução histórica dessa matéria.

O avanço normativo do Direito da Criança e do Adolescente nas últimas décadas, merece destaque sobretudo após a adoção, pelo constituinte pátrio, da dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais na Carta Magna de 1988.

A partir dessa nova perspectiva, crianças e adolescentes deixam de ser vistos como simples objetos de “proteção” e passam a ser tratados como sujeitos de direito.

1.1. Da fase imperial até a década de 70

O estudo da trajetória evolutiva, atualmente tratado como direito da criança e do adolescente, revela que este ramo do direito constituiu-se espécie de sistema penal paralelo, que, ao longo da história, passou por diferentes etapas: penal indiferenciada, tutelar e garantista.

No plano do Direito Penal, até o ano de 1830, era adotada no Brasil a lógica da mera imputação criminal, objetivando sempre coibir a criminalidade infanto-juvenil, por meio de práticas impiedosas e brutais. Esse período está compreendido na etapa *penal indiferenciada*, na qual os menores de idade eram, praticamente, tratados como adultos.

Havia no período imperial o postulado da política repressiva, fundada no medo ante a crueldade das penas. As Ordenações Filipinas vigentes à época estabeleciam que, aos sete anos de idade, o indivíduo tornava-se penalmente imputável. Para os infratores entre sete e dezoito anos, a única diferenciação na aplicação das penas limitava-se à redução de um terço em relação à pena imputada aos adultos. Contudo, a execução das penas se dava nos mesmos estabelecimentos em que se encontravam os adultos. Outro elemento de diferenciação, em favor dos menores de dezessete anos, era a inaplicabilidade da pena de morte.

Em 1830, com a elaboração do Código Penal do Império, esse quadro sofreu pequena alteração quando foi fixada a idade de imputabilidade penal plena aos 14 anos e introduzido o

sistema de biopsicológico, que consistia em examinar a capacidade de discernimento do menor, para a definição da aplicação da pena.

Com o início do período republicano, o Código Penal do Império foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890. Nesse diploma, a imputabilidade penal plena permaneceu fixada em 14 anos, podendo retroagir até os nove anos, de acordo com o discernimento do infrator. Na época, surgiu uma série de decisões de Tribunais, determinando que adolescentes privados de liberdade, se colocados em instituições prisionais junto com adultos, fossem liberados por falta de locais adequados para o cumprimento da pena.

A doutrina do Direito Penal do Menor, constante dos Códigos Penais de 1830 e 1890, consistia no tratamento da questão infanto-juvenil, apenas sob o aspecto da delinquência e da responsabilidade penal dos menores. Referidos Códigos formalizaram a *etapa penal indiferenciada*, cujo objeto central era a pesquisa do discernimento e a ideia de defesa social, legitimado pelo positivismo criminológico.

Superada essa etapa, na qual os menores eram tratados como adultos, surgem no século XX as instituições de menores infratores, quando a delinquência juvenil passou a ser tratada por leis especiais para “menores em situação irregular”.

O pensamento social oscilava entre o anseio por se defender dos infratores e a obrigação geral de assegurar os direitos dos menores. Nesse sentido, surgem em 1906 as casas de recolhimento de menores, cujo objetivo, dentre outros, era reeducar e regenerar menores em conflito com a lei. Em 1912, é apresentado projeto de lei alterando a perspectiva do direito da criança e do adolescente, afastando-o da área penal e propondo a especialização dos Tribunais, seguindo a linha dos movimentos internacionais da época.

A década de 1920 é importante marco temporal. Nela, termina a etapa indiferenciada e nasce o *período tutelar*. Por influência externa, começa a ser adotada a Doutrina da Situação Irregular, fundada no binômio carência/delinquência, caracterizado pela não diferenciação no tratamento a ser dado aos abandonados e aos delinquentes.

Surge, então, a criminalização da infância pobre e a consciência geral de que o Estado tem o dever de proteger os menores, não sendo importante que disso resultasse a eliminação de direitos e garantias. Nestes moldes, começou a ser concebida no Brasil a Doutrina da Situação Irregular.

A legislação baseada na doutrina da situação irregular passou a ser expressamente adotada pelo Código de Menores de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, cujo fundamento era a necessidade de proteção e assistência do Estado contra o abandono, os maus tratos e as influências desmoralizadoras exercidas sobre os menores. O Código Mello Mattos foi instituído pelo Decreto nº 17.943-A, e fortemente influenciado pelas diretrizes definidas na Declaração de Genebra, em 1924.

Nesse diploma, ficou estabelecido no campo infracional que, em relação às crianças e adolescentes com até 14 anos, deveriam ser aplicadas medidas punitivas com caráter educacional. Na faixa etária entre quatorze e dezoito anos, os jovens permaneciam passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada. Assim, o sistema biopsicológico de 1830 foi substituído pelo critério objetivo de imputabilidade de acordo com a idade.

O Código Mello Mattos concedeu grande poder ao Juiz de Menores para “controlar” a infância pobre, potencialmente perigosa. Contudo, permanecia não havendo distinção entre o menor abandonado e o delinquente, para que fosse autorizada a aplicação das medidas julgadas cabíveis.

Percebe-se, então, que a *etapa tutelar* foi assim denominada por concentrar na figura do Juiz de Menores a autoridade para decidir, em nome do menor, o que é melhor para ele. Infelizmente, não foram poucos os casos em que, sob o manto da proteção, foram simuladas acusações de crianças para que a intervenção protetora do Estado atuasse em seu próprio benefício, adotando procedimentos pelos quais não existia qualquer garantia do devido processo legal.

O sistema implantado pelo Código Mello Mattos, com tímidas modificações, perdurou como concepção tutelar, até sua revogação pelo Código de Menores de 1979.

1.2. O Código de Menores (1979) e a Doutrina da Situação Irregular

A Doutrina da Situação Irregular já vigorava no Brasil desde 1927, representada juridicamente pelo Código Mello Mattos, e foi a ideologia inspiradora na elaboração do Código de Menores de 1979 (Lei nº. 6.697/79), que representou o segundo momento da etapa tutelar no Brasil, consubstanciada numa legislação paternalista, autoritária, assistencialista e tutelar.

Nesse contexto, o novo código, criado no final do regime militar, além de manter os princípios da teoria menorista da situação irregular, reforça a prática ultrapassada de suprimir garantias às crianças e aos adolescentes, tratando-os como objeto de intervenção da família, do Estado e da sociedade.

A terminologia “menor” era utilizada com base na Doutrina do Direito Penal do Menor e na Doutrina da Situação Irregular, que concebiam o menor como objeto da tutela do Estado e definiam tratamentos segregativos, claramente percebidos na proliferação de abrigos e internatos, locais de violação de direitos humanos.

O diploma de 79 foi ideologicamente construído para intervir na infância e na adolescência pobre e estigmatizada, encarada como “problema social”, expressando a visão do Direito do Menor, que subsidiava a identificação e rotulação dos menores que se encaixavam dentre aqueles em “situação irregular”, prevendo como seria o seu tratamento, de modo a prevenir que viessem a cometer infrações. Na prática, legitimava a intervenção estatal aos “menores desamparados”, sua institucionalização e encaminhamento precoce ao trabalho.

Segundo José Ricardo Cunha, “os menores considerados em *situação irregular* passaram a ser identificados por um rosto muito concreto: são os filhos das famílias empobrecidas, geralmente negros ou pardos, vindos do interior e das periferias” (1996, p. 98).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº. 6.697/79, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

As situações descritas como irregulares podiam derivar tanto da conduta pessoal do menor (prática de infrações e “desvios de conduta”), como da família (maus tratos) ou mesmo da própria sociedade (abandono). A letra da lei, utilizando-se de tipos abertos, não diferenciava com clareza situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercavam, não estabelecia qualquer diferença entre o autor de um ilícito e a vítima de um abandono familiar ou da injustiça social.

Desta imprecisão, decorreram inúmeros casos em que menores abandonados foram colocados no mesmo estabelecimento que agentes infratores, uma vez que ambas as categorias se encaixavam na mesma condição de “situação irregular”.

Se de um lado a menoridade estava resguardada da aplicação da lei penal comum, de outro via-se submetida ao exercício do poder e do arbítrio do Estado, por meio do Juiz de Menores, o qual “centralizava as funções jurisdicional e administrativa, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairava indefinições sobre os limites da atuação do Juiz” (AMIN, 2010, p. 13).

O processo não se revestia de quaisquer formalidades: o menor podia ser detido sem ordem judicial, mesmo sem a ocorrência de flagrante delito e não lhe era garantida assistência de advogado. O inimputável sujeitava-se a regras que poderiam ser mais rígidas do que aquelas previstas no Código Penal para os imputáveis.

Na imposição das medidas, o modelo tutelar da intervenção sócio-penal destinado aos adolescentes permitia a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais. Essa lógica de correção do delinquente, mesmo que em potencial, foi a grande marca da etapa tutelar do direito penal juvenil.

Com base no trabalho de Mary Beloff (1999), professora de Direito Penal Juvenil na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, passaremos a pontuar algumas características da Doutrina da Situação Irregular:

- (i) crianças e jovens são vistos como objetos de proteção e não como sujeitos do direito;
- (ii) marcada pelo paradigma da ambiguidade, com figuras jurídicas de tipo aberto, como por exemplo: “menores em situação de risco ou perigo moral ou material” e “em circunstâncias especialmente difíceis”;
- (iii) as condições pessoais, familiares e sociais determinam quem são os “menores em situação irregular”;

- (iv) a proteção dispensada aos menores frequentemente viola ou restringe seus direitos;
- (v) a criança, vista como incapaz, tem opinião irrelevante, de forma que necessita da tutela do Estado para definir o que é melhor para ela ou não;
- (vi) ocorre a criminalização da pobreza e a judicialização da questão social, uma vez que não há distinção entre o autor de um ato ilícito e a vítima de abandono, carente de políticas assistencialistas;
- (vii) tanto para os infratores, como para os “protegidos”, a medida mais aplicada é a institucionalização, a privação da liberdade por tempo indeterminado;
- (viii) as crianças e os adolescentes, em razão de sua inimputabilidade, são submetidos a um processo que não lhes são asseguradas as garantias que têm os adultos, de forma que podem ser privados de liberdade, tão somente por suas circunstâncias pessoais, que o colocam em “situação de risco”, sem depender da prática de qualquer conduta ilícita.

Por fim, durante década de 1980, o cenário acima delineado começa a ficar insustentável, diante da conjuntura nacional de redemocratização pressionada pelos movimentos sociais, somada às inovações no cenário internacional, com a elaboração de documentos preparatórios da Convenção dos Direitos da Criança, que contribuem para fortalecer no País a tese da doutrina da Proteção Integral.

1.3. A Constituição Federal de 1988 em face das diretrizes internacionais

Na seara do direito infanto-juvenil, os esforços apresentados pelo direito internacional por meio de tratados, declarações e convenções, resultaram na reforma de várias Constituições do mundo contemporâneo.

No Brasil, o movimento de defesa dos direitos da criança e do adolescente alcançou maior visibilidade e força na década de 1980, momento político marcado pela Assembleia Nacional Constituinte, que viria oferecer a nova Carta Constitucional do País.

Foi nesse cenário que, em 1984, ocorreu o 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, em que foi discutida a questão de crianças e adolescente rotulados como “menores

abandonados”, culminando no surgimento do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR).

O MNMMR, junto com a Pastoral do Menor, conseguiu mobilizar a sociedade brasileira e registrar cerca de 1,5 milhão de assinaturas na emenda popular chamada “Criança, prioridade nacional”, que deu origem ao artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

A doutrina da proteção integral, adotada pelos regramentos internacionais ao longo das últimas décadas, está entalhada no mencionado artigo 227, em perfeita sintonia com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que recebeu a seguinte redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (CRFB/88, art. 227)

O novo texto constitucional superou a ideia tradicional, que não percebia a criança como indivíduo, e superou também a ideia moderna do menor incapaz, entendido como mero objeto a ser manipulado pelos adultos. Surge, então, a concepção pós-moderna, onde crianças e adolescentes são sujeitos do direito.

Segundo o ensino de Andréa Rodrigues Amin (2010, p.11):

A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los.

Em linhas gerais, alguns dos instrumentos internacionais de grande importância na luta travada para o reconhecimento e proteção dos menores passam a ser analisados.

1.3.1. Declaração dos Direitos da Criança (1959)

Quando analisamos a trajetória evolutiva do direito infanto-juvenil no panorama internacional, percebemos que ela teve início em 1924, com a Liga das Nações Unidas, por meio da Declaração de Genebra, quando pela primeira vez uma entidade internacional se posicionou expressamente a fim de garantir os direitos dos menores de idade, por meio de recomendações aos Estados filiados para que elaborassem legislação específica em benefício dos direitos de crianças e adolescentes.

No ano de 1948, na IX Conferência Internacional de Bogotá, foi aprovada pela Assembleia Geral da Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Naquela oportunidade, vislumbrou-se que as condições especiais da criança exigiam uma declaração à parte. Em 20 de novembro de 1959, foi promulgada pela mesma assembleia a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Os princípios e valores firmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos serviram de base para a formulação da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância. Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, tivemos a semente dessa construção filosófica, na qual foi desenvolvido o princípio do “interesse superior da criança”, destacando-se os cuidados especiais em decorrência de sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nesse documento inaugural, foram enumerados direitos e liberdades aos quais, segundo o consenso da comunidade internacional, fazia jus toda e qualquer criança. Em seu emblemático preâmbulo, continha expressamente que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, requer proteção e cuidados especiais, quer antes ou depois do nascimento. Pontuando, ainda, que à criança deve a humanidade prestar o melhor de seus esforços.

A Declaração dos Direitos da Criança representou um verdadeiro divisor de águas, pois a criança passou a ser vista como sujeito de direitos, abandonando-se o conceito de que era objeto de proteção. E estabeleceu, dentre outros princípios:

- (i) proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual;
- (ii) educação gratuita e compulsória;
- (iii) prioridade em proteção e socorro;
- (iv) proteção contra negligência, crueldade e exploração; e

- (v) proteção contra atos de discriminação.

Ocorre que, como toda declaração de direitos, a Declaração de 1959 não era dotada de coercibilidade, permanecendo o seu implemento ao livre arbítrio dos Estados.

1.3.2. Regras de Beijing (1985) e as Diretrizes de Riad (1990)

Por meio da Resolução nº. 40/33, a Assembleia Geral da ONU editou, em 29 de Novembro de 1985, o Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça para Menores, conhecido como Regras de Beijing, que, embora tenha tratado apenas de um acordo moral, sem caráter obrigatório, serviu de base para futuras conquistas.

Naquela mesma data, a ONU, por meio da Resolução nº. 40/35, pediu a elaboração, pelo Conselho Econômico e Social, de critérios que servissem de utilidade para os Estados Membros na formulação e execução de programas e políticas especializados, dando ênfase às atividades de assistência e cuidado e à participação da comunidade.

Nesse contexto, em dezembro de 1990, no 8º Congresso das Nações Unidas, e diante da necessidade de serem estabelecidos critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para prevenir a delinquência juvenil, foram apresentadas e aprovadas as Diretrizes de Riad.

As Diretrizes concentram-se na prevenção da delinquência juvenil mediante a participação de todas as camadas da sociedade e a adoção de uma abordagem voltada à criança. O instrumento define o papel da família, da educação, da comunidade e da mídia para as massas, e ainda estabelece o papel e a responsabilidade da política social, da legislação, da administração da justiça juvenil, da pesquisa e desenvolvimento e coordenação de políticas.

As Diretrizes pontuam que as políticas estatais para prevenção da delinquência juvenil devem considerar que o comportamento dos jovens que não se ajusta aos valores e normas gerais da sociedade é, em muitos casos, apenas uma etapa do seu processo de amadurecimento, de modo que tal comportamento não ocasione um tratamento indevidamente severo ao jovem.

1.3.3. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990)

Na década de 90, as condições em que os jovens eram privados da sua liberdade em todo o mundo, passou a gerar profunda inquietação na comunidade internacional. Isso porque a maioria dos sistemas não fazia nenhum tipo de distinção entre adultos e jovens nos vários estágios da administração da justiça, de forma que os jovens eram detidos junto com os adultos, em prisões e outros estabelecimentos similares.

Com a introdução, no contexto internacional, do paradigma da proteção integral, surgiu grande preocupação com os jovens privados de liberdade, diante da consciência de que eles são altamente vulneráveis aos maus tratos, vitimização e violação dos seus direitos.

Foi nesse contexto que, em 14 de dezembro de 1990, foram aprovadas, pela Assembleia Geral da ONU, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

O objetivo da criação destas regras foi estabelecer um conjunto de normas mínimas, compatíveis com os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e destinadas a combater os efeitos nocivos de todos os tipos de detenção e a promover a integração na sociedade.

Quando da elaboração deste regramento, entendeu-se que o sistema de justiça juvenil deve defender os direitos e a segurança dos jovens e promover o seu bem-estar físico e mental. Assim, a privação da liberdade só deve ser utilizada como medida de último recurso e ter a duração mais breve possível, limitando-se a casos excepcionais.

1.3.4. Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança (1989)

O ano de 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança, e foi quando a Comissão de Direitos Humanos da ONU criou grupo de trabalho para elaborar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, diante da crescente necessidade de uma cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento.

Seguindo nesta direção, em 20 de novembro de 1989, foi aprovada, por unanimidade, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção Internacional de Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, tendo adquirido o status de tratado sobre Direitos Humanos mais ratificado na história. Desde então, os Direitos da Criança passam a se assentar sobre um documento global, com força coercitiva para os Estados signatários.

Nos termos dessa convenção, a criança é definida como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”. Não é utilizada a técnica brasileira de diferenciar os menores de 18 anos de crianças e adolescentes.

A convenção adota a ‘concepção do desenvolvimento integral da criança’, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, que exige proteção especial e absoluta prioridade.

Apesar de não ser cronologicamente o primeiro texto, a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança” (SARAIVA, 2009, p. 59), adotando três princípios básicos:

- (i) proteção especial da criança como ser em desenvolvimento;
- (ii) a família como o lugar ideal para o seu desenvolvimento; e
- (iii) a obrigatoriedade das nações em constituí-la como prioridade.

O diploma estabeleceu parâmetros de orientação para a atuação política dos Estados, a fim de serem implementados os princípios nela estabelecidos, ficando os países signatários obrigados a adaptar suas legislações internas às normas contidas na Convenção.

A Convenção previu sistemática peculiar de monitoramento, com a finalidade de serem observados os direitos humanos de crianças e adolescentes, por meio da exigência de apresentação de relatórios pelos Estados, que serão analisados pelo Comitê sobre os Direitos da Criança. Esse Comitê pode expedir recomendações de adoção de medidas para “implementar uma política de promoção e proteção dos direitos assegurados pela convenção”. (MONACO, 2004, p. 107).

Pelo exposto, depreende-se que a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança pode ser afirmada a partir destes quatro documentos internacionais:

- a) Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (20/11/1989);

- b) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, conhecidas como Regras de Beijing (29/11/1985);
- c) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad (14/12/1990);
- d) Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (14/12/1990).

A importância da estrutura normativa trazida pelos citados documentos internacionais, relativa à proteção da população infanto-juvenil, não só porque estabelecem acordos e metas a serem cumpridos pelos países signatários, mas porque definem a prioridade absoluta na construção das bases jurídicas indispensáveis à proteção integral da criança.

1.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8069/90) e a Doutrina da Proteção Integral

A revolução constitucional de 1988 colocou o Brasil no rol das nações mais avançadas em regulamentação dos interesses infanto-juvenis, quando crianças e jovens passam a ser vistos como sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais.

Conhecida como “Constituição Cidadã”, a nova Carta Magna, assegurou com absoluta prioridade às crianças e adolescentes 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 (CRFB/1988, artigo 227, *caput*).

É o início da terceira etapa, a *etapa Garantista*, onde o Sistema de Garantias de Direitos é o responsável pela efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, preconizados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Esta última etapa da evolução do direito da criança e do adolescente, que se inicia com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e é regulamentada pela Lei 8.069/90, “denomina-se *garantista*, pela introdução do princípio da proteção integral em substituição à situação irregular, e pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, titulares de garantias positivas”. (SPOSATO, 2006, p. 49).

Os artigos 227 e 228 da CRFB/88 firmaram definitivamente a adoção, pelo legislador pátrio, da Doutrina da Proteção Integral, que tem como pilares básicos a elevação de crianças e

adolescentes à condição de sujeitos e titulares de direito e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Os mencionados dispositivos do texto constitucional representaram, ainda, a absorção do princípio da legalidade no trato ao adolescente infrator, superando as imprecisões aceitas sob a justificativa do caráter tutelar anteriormente vigente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) constituiu um marco legislativo que consagrou e regulamentou a Doutrina da Proteção Integral em nosso ordenamento jurídico. A redação dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal, constantes do Título VIII – Da ordem social - Capítulo VII - Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, corresponde ao fruto de uma importante evolução histórica no tratamento dos direitos da criança e do adolescente, com significativas mudanças inspiradas em documentos internacionais.

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), é o detalhamento do artigo 227 da Constituição Federal e a tradução brasileira da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. O Estatuto permitiu a implementação, no Brasil, da Doutrina da Proteção Integral universalizada na Convenção.

Como já visto, tanto o artigo 227 da Constituição Federal, quanto o Estatuto da criança e do Adolescente têm seus fundamentos na normativa internacional, considerando a Declaração universal dos Direitos da Criança, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras de Beijing, as Diretrizes de Riad, entre outros, que tratam dos direitos fundamentais e da proteção integral de crianças e de adolescentes.

O antigo Código de Menores, construído com base na doutrina da situação irregular e do paradigma da incapacidade, foi substituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que firmou o novo paradigma da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de Direito, o que implicou na adoção da Doutrina da Proteção Integral. Crianças e adolescente, em razão de sua vulnerabilidade, são agora destinatários de proteção integral e especial da família, sociedade e Estado, tendo sido atribuída a este a responsabilidade pela criação das políticas públicas específicas e básicas para garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, vigente até os dias atuais, surgiu como norma especial, dotada de extenso campo de abrangência, trazendo todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar as diretrizes constitucionais. Em seu texto, enumera diversas regras processuais, além de instituir tipos penais, estabelecer normas de direito administrativo, princípios de interpretação e política legislativa. Assim, O ECA constitui um conjunto

hierarquizado de normas com o escopo de proteção da integridade psicofísica da população infanto-juvenil.

Além de outras conquistas importantes, o Estatuto estabelece a criação de conselhos dos direitos da criança e do adolescente em todos os níveis: nacional, distrital, estadual e municipal, com o caráter deliberativo e de controle das ações governamentais e não- governamentais, de composição paritária, com o objetivo de assegurar políticas para a efetivação dos direitos; e os conselhos tutelares, com o papel de zelar pelo cumprimento da Lei e atender os casos de violações dos direitos de crianças e adolescentes.

O sistema de Garantias de Direitos esculpido no ECA se apoia em três eixos fundamentais: a promoção e a defesa dos direitos e o controle social. Esse sistema é composto pela família, Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, organizações da sociedade (instituições sociais, associações comunitárias, sindicatos, escolas, empresas) e diferentes instâncias do poder público (Ministério Público, Juizado da Infância e da Juventude, Defensoria Pública, Secretaria de Segurança Pública).

A família passou a constituir a base de valorização e proteção da dignidade de cada membro, especialmente daqueles em desenvolvimento, o que os caracteriza como dependentes para os atos da vida, de forma que as crianças e adolescentes ganharam posição de destaque no ambiente familiar.

O texto constitucional de 1988 consagrou uma nova perspectiva de família, tornando-a protegida e valorizada, como núcleo de promoção humana, pelo Estado. A população infanto-juvenil passou a ter posição privilegiada no seio familiar e na sociedade, por encontrar-se em situação de fragilidade, em face do processo de amadurecimento e formação da personalidade.

Foi então que, alicerçado na construção principiológica da CRFB/88, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao passo que determinou o tratamento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, estabeleceu como intolerável qualquer tipo de distinção de raça, classe social ou qualquer forma de discriminação, assegurando-lhes absoluta prioridade na elaboração de políticas públicas.

Nesse sentido, Karyna Batista Sposato (2006, p. 51) afirma que “[...] são as políticas públicas o grande instrumento de efetivação dos direitos da infância e da adolescência [...]”.

A ruptura com o modelo anterior fica evidente nos preceitos e disposições trazidos pelo ECA, destacando-se, dentre eles, a garantia do direito à convivência familiar e comunitária, a

garantia das medidas de proteção, a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento, a garantia de devido processo legal e da defesa ao adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos moldes em que foi idealizado, atua como instrumento de desenvolvimento social, punindo o abuso do poder familiar e vinculando aqueles que tenham o dever de zelar pela integridade física e psicológica dos menores, além de determinar a prestação de serviços de proteção e defesa das crianças e adolescentes vitimizados, bem como a sua proteção jurídica e social, por meio de políticas públicas, sociais básicas e assistencialistas.

Os artigos 3º e 4º do ECA estabelecem normas de proteção, seguindo a diretiva estabelecida na Carta Constitucional, que vale a pena registrar:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Três princípios basilares estão presentes nesses artigos: (i) crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico; (ii) eles têm direito à proteção integral, atribuída pelo ECA; e (iii) a eles são garantidos todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

Destacamos, por fim, as principais características da Doutrina da Proteção Integral: a extensão da garantia dos direitos a todas as crianças e adolescentes, e não apenas ao “menor”;

sua elevação a sujeitos e titulares de direitos, não incapazes ou incompletas, mas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento; a definição dos direitos das crianças, e o estabelecimento do dever de assegurá-los compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, aos quais é atribuída a “situação irregular” quando da ameaça a esses direitos; o fim das categorias vagas e imprecisas, presentes nos Códigos de Menores, como “risco” e “perigo moral”; o reconhecimento do direito da criança de ser ouvida; a recolocação do juiz em sua função jurisdicional, limitada pelo sistema de garantias; a diferenciação entre as competências afetas às políticas sociais daquelas relativas à infração da lei penal; e o reconhecimento de garantias gerais e específicas ao adolescente em conflito com a lei, nos procedimentos de apuração das condutas tipificadas como crime ou contravenção, figurando a privação da liberdade como último recurso.

CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL JUVENIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente, objeto do capítulo anterior, representa grande evolução em termos de reconhecimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, além de ratificar os Tratados Internacionais aplicáveis ao tema, proclama um sistema de mais garantias, congregando uma série de direitos materiais e processuais para resguardar os direitos infanto-juvenis.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira:

O advento do Estatuto tornou bem diferente a situação. Adotaram-se princípios de natureza penal e processual para garantias de um justo processo. Avançou-se no que concerne ao princípio da legalidade e a intervenção punitiva ou educativa já não se faz com os “menores” abandonados ou carentes, havendo um procedimento em que se respeitam várias garantias processuais básicas (presunção de inocência, direito de defesa por intermédio de advogado constituído, direito ao duplo grau de jurisdição, direito de conhecer plenamente a acusação que é ofertada pelo representante do Ministério Público). (2008, p. 45)

O ECA é regido por princípios fundamentais, dentre os quais, é importante destacar: (i) princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;(ii) princípio da prioridade absoluta; (iii) princípio do melhor interesse; e (iv) princípio da municipalização.

2.1. Princípio da Condição Peculiar de pessoa em desenvolvimento

A peculiaridade do tratamento jurídico dado aos adolescentes autores de atos infracionais, prescrito pela Lei nº 8.069/90, decorre do tipo de sujeito ao qual se destina. De forma que, a intervenção estatal deve levar em consideração o estágio de desenvolvimento do indivíduo por ela tutelado.

O Princípio da Condição Peculiar de pessoa em desenvolvimento está evidenciado no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seguintes termos:

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.

Assim, além dos fins sociais, das exigências do bem comum e dos direitos e deveres individuais e coletivos, o artigo 6º prescreve que, na interpretação do Estatuto, deve ser levada em consideração a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A criança e o adolescente merecem atenção especial pela sua vulnerabilidade, por se encontrarem em fase de desenvolvimento da personalidade. A condição de vulnerabilidade é a essência do princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Segundo Martha Machado:

[...] por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento crianças e adolescentes encontram-se em situação essencial de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. (2003, p. 108/109)

Em comentários ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, José de Farias Tavares ensina que:

Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover todo o Estatuto. A regra básica dessa hermenêutica é a consideração que o intérprete terá sempre em mente de que o direito estatutário é especialmente protetor. [...] uma definição do que é, para os fins do Estatuto, pessoa em desenvolvimento: pessoa humana em fase de imaturidade biopsíquico-social por ser menor de 18 (dezoito) anos de idade, segundo a presunção legal. (2002, p. 17)

A afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” faz do artigo 6º o suporte ontológico da legislação infanto-juvenil pátria. De acordo com Antônio Carlos Gomes da Costa (2000), a consequência prática de toda essa questão reside no reconhecimento de que as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais alguns outros direitos que

são especiais, e que decorrem justamente do seu estatuto ontológico próprio, de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.

O princípio em tela tem como base a situação peculiar da adolescência, considerada fase de transição para a idade adulta, na qual as intensas transformações físicas e psicológicas aproximam-se de uma crise, em comparação a outras etapas da vida. A adolescência é o período em que se concentra o desenvolvimento da personalidade, a busca de auto afirmação e a construção de uma identidade própria. No entanto, muitas vezes, necessidades não satisfeitas ou situações de violência vivenciadas, no âmbito familiar ou social, intensificam os conflitos não elaborados adequadamente durante este período.

Concordar com a singularidade dessa fase de acentuadas transformações importa na “percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento, e assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade” (SPOSATO, 2006, p. 105).

Nesse sentido, embora seja atribuída responsabilidade pelo ato infracional, a observância desse princípio implica na relativização das condutas praticadas por adolescentes em conflito com a lei, olhando-os com mais tolerância, não por paternalismo, mas a partir da percepção da desigualdade do adolescente em relação ao adulto, atentando-se ao potencial de seu ser em profunda transformação.

O nível de desenvolvimento das crianças, até 12 anos incompletos, não permite nenhum tipo de responsabilização pelo cometimento de uma infração penal, de forma que, somente poderão ser aplicadas medidas de cunho protetivo, nos termos do artigo 105 do ECA.

No caso dos adolescentes, a lei autoriza a aplicação de medidas de proteção e, ainda, de medidas socioeducativas, que vincula-se à verificação da prática de ato infracional, conforme dispõe o artigo 112 do ECA.

Outro aspecto importante, decorrente do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e que merece ser destacado, é a expressa proibição de que as medidas socioeducativas sejam cumpridas em estabelecimentos destinados aos adultos (art. 123, ECA).

O princípio da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento deve ser observado em todas as esferas de tratamento da criança e do adolescente. Ou seja, quando se tratar de um menor, qualquer providência adotada deve levar em consideração que estamos diante de um ser humano com personalidade, consciência e comportamento em formação e amadurecimento, e que se encontra mais suscetível a influências externas.

2.2. Princípio da prioridade absoluta

A prioridade absoluta é um princípio constitucional firmado pelo artigo 227 da CRFB/88, com previsão detalhada no artigo 4º da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dispositivo do ECA é praticamente uma transcrição do preceito constitucional, ao qual se acrescentou a responsabilidade da comunidade e traçou, em seu parágrafo único, parâmetros para a garantia e efetivação da prioridade absoluta.

Não basta apenas a prioridade, faz-se necessária a efetivação dos direitos previstos. Nesse sentido, devem ser implementadas políticas públicas visando a prioridade da criança e do adolescente. De acordo com o parágrafo único do art. 4º do ECA, a garantia da prioridade engloba:

- a) Primazia de receber prestação e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

É importante observar que a enumeração de prioridades contida neste parágrafo, a 'primazia', a 'precedência', a 'preferência' e a 'destinação privilegiada', não formam um rol taxativo, mas sim enunciativo. Trata-se de patamar mínimo, que alarga as situações em que deverá ser assegurada a preferência no atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

O artigo 3º do ECA também abriga uma faceta dessa prioridade absoluta, assegurando, às crianças e adolescentes, os direitos conferidos a todos os cidadãos e atribuindo-lhes, ainda, *prioridade* na manutenção ou na disponibilização de outros direitos, peculiares e distintos.

O Princípio da Prioridade Absoluta não implica violação da regra da isonomia, consagrada constitucionalmente, pelo contrário, ele respeita a diferença entre os sujeitos de direito e exprime o implemento do critério de igualdade aos desiguais. Segundo Shecaira (2008, p. 46), “reconhece-se a peculiar condição de pessoa com personalidade em desenvolvimento e aplica-se a regra de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

A respeito, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 111) que “a uniformidade do direito não significa, todavia, que não haja distinções no tratamento jurídico. As distinções são, ao contrário, uma própria exigência da igualdade”. Não é possível, portanto, que a criança e o adolescente sejam tratados com igualdade em relação aos adultos, dada a diferença de condições desses sujeitos de direitos.

De acordo com Martha Machado (2003), a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente determinam que as ações realizadas em prol da Proteção Integral devem sempre observar a prioridade absoluta. E esta sistematização é justificada pela concepção legal e paradigmática de que a noção geral de prioridade absoluta se funda no respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Andrea Amin ensina que:

[...] a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, caput, da Constituição da República e reenumerados no artigo 4º do ECA.

Mais. Leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.

A prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público. (2010, p. 20)

A norma-princípio do artigo 227 da CRFB/88 é de eficácia plena, constituindo-se elemento limitador do campo de atuação discricionária do administrador público, o qual terá o dever de concretizar, em seu programa de governo, os ditames constitucionais, conferindo prioridade às crianças e adolescentes na formulação e na execução das políticas públicas, além de garantir-lhes privilégio na destinação de recursos públicos.

Sobre a determinação de tratamento prioritário no trato com os direitos infanto-juvenis, afirma Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 32) que “trata-se de uma regra jurídico-garantista na formulação pragmática, por situar-se como um limite à discriminação das autoridades”.

A falta de previsão orçamentária, por exemplo, não pode ser usada, pelo Poder Público, como justificativa para desrespeitar direitos de crianças e adolescentes. Isso porque, “não há colidência entre princípios orçamentários e o princípio da prioridade absoluta, pois, como o

próprio nome já o diz, é absoluta, não cabendo qualquer relativização de seu conteúdo” (AMIN, 2010, p. 26).

Os artigos 59, 87, 88 e 261, parágrafo único, do ECA, trazem previsão sobre a destinação privilegiada dos recursos públicos para as áreas relacionadas com a proteção da infância e juventude. Neste sentido, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais, deduz-se que não é facultado à Administração alegar falta de recursos orçamentários para a construção dos estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta - art. 227 - e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os há, é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa, aos dispositivos constitucionais preceituados, encabeçados pelo § 7º do art. 227. (TJDFT, ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835).

Ao analisar o Princípio da Prioridade Absoluta em contraposição à discricionariedade administrativa, Ana Maria Moreira Marchesan (1998) adverte que:

[...] oprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que se pretende revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação.

Outra face da prioridade absoluta é a celeridade que se deve imprimir aos feitos de interesse de crianças e adolescentes. Os processos da infância e juventude precisam ser identificados com aviso de “urgência na tramitação”. Como diz João Batista Costa Saraiva (2002, p. 89):

A celeridade do julgamento é direito do adolescente, e a negação deste direito é uma forma perversa de lhe negar justiça, negando vigência ao princípio constitucional da prioridade absoluta. Constitui-se, assim, em uma primazia na prestação jurisdicional, tanto na fase do processo de conhecimento, inclusive no segundo grau, como na fase de execução de medida socioeducativa. A celeridade do processo se constitui em um direito subjetivo público do adolescente.

Finalmente, a mencionada prioridade é dever não somente do Estado, mas também da família e da sociedade, que devem, cada um em seus respectivos encargos, conferir especial cuidado no trato das crianças e dos adolescentes.

2.3.Princípio do Melhor Interesse do Adolescente

De acordo com Tânia da Silva Pereira (2000), no ano de 1836 o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês.

Sua origem, na Inglaterra, relacionava-se com o instituto do *parens patriae*, atribuição do Estado a fim de resguardar aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.

Daniel B. Griffith (1991, p. 1-2), define o *parens patriae* como “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”, ou legalmente incapaz.

Em 1959, o princípio do melhor interesse foi adotado pela comunidade internacional, por meio da Declaração de Direitos da Criança. No Brasil, ele já estava presente no artigo 5º do Código de Menores, quando sua aplicação limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular, de acordo com o paradigma regente à época.

Com a adoção da doutrina da proteção integral, preconizada no artigo 227 da CRFB/88 e na legislação estatutária, o referido princípio ampliou seu campo de abrangência, passando a ser aplicado a todo público infanto-juvenil. Isso porque, ressalte-se, trata-se de princípio decorrente do reconhecimento da condição peculiar da criança como pessoa em processo de desenvolvimento.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que fundou o paradigma da Proteção Integral, consagrou expressamente em seu artigo 3º o Princípio do Melhor Interesse, nos seguintes termos:

Artigo 3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

3.2 Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração

os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3.3 Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Da mesma forma dispõe o artigo 18.1 da Convenção:

[...] Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. (Grifos nossos)

Assim, o melhor interesse da criança é norma cogente no ordenamento jurídico pátrio, em razão da ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, por meio do Decreto nº. 99.710/90.

De acordo com Fonseca (2012, p.13), “o melhor interesse [...] deve ser identificado com os direitos reconhecidos e originados na Convenção, sendo que, na sua aplicação, a proteção dos direitos da criança e do adolescente sobreleva sobre qualquer outro cálculo de benefício coletivo”.

Por isso, todas as condutas relacionadas ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente devem ter como preceito a prevalência dos seus melhores interesses. Essa concepção é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que, nos processos de tomada de decisão, devem sempre considerar as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância.

O Princípio do Melhor (ou Superior) Interesse da criança e do Adolescente:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do

respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. (AMIN, 2010, p. 28)

Nas Regras de Beijing, que é o conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à administração da Justiça para Menores, existem diversos dispositivos alusivos ao princípio do melhor interesse do adolescente, especialmente quanto ao limite na imposição e execução de sanções. O item 17.1, d, por exemplo, vincula a autoridade competente à sua observância, na medida em que determina que: “O interesse e o bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos”.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio do melhor interesse foi expressamente acolhido, consoante artigo 100, parágrafo único, IV, com redação dada pela Lei nº 12.010/09, como um dos princípios que orientam a aplicação de medidas, dispondo que:

[...]a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; [...].

No âmbito da responsabilização decorrente de ato infracional, mediante aplicação de medidas socioeducativas, o princípio do melhor interesse tem por finalidade atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. Nesse sentido, Sposato (2006, p. 109) ensina que:

Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem-sucedida na medida em que ambos funcionem como limitação à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas de liberdade.

Assim, quando um adolescente for acusado da prática de ato infracional, a lógica do castigo e da obrigatoriedade da ação penal, próprias da Justiça Criminal, cedem lugar à análise de conveniência e oportunidade, de forma que, diante do princípio do Melhor Interesse, o sistema punitivo juvenil deve atuar como último recurso.

De igual modo, no momento de execução das medidas socioeducativas esse princípio se mostra relevante, consoante o disposto no artigo 112, § 1º, do ECA, a medida aplicada ao adolescente levará em conta sua capacidade de cumpri-la. O melhor interesse do adolescente implica, então, no respeito à proporcionalidade quando da imposição da medida, como também, na percepção das condições objetivas e concretas de cumprimento da medida escolhida.

Ao posicionar o adolescente infrator como o centro da justiça juvenil, Shecaira (2008, p. 164) apresenta o Princípio do Superior Interesse do Adolescente como:

[...] inspirador e interpretativo de todas as disposições e atuações relacionadas ao adolescente. O princípio tem uma configuração aberta, o que possibilita sua aplicação às diversas situações jurídicas e sociais que se colocam como consequência da variada realidade social [...]. Ele é um instrumento informador, de integração e de interpretação, tanto das normas e instituições em que esse interesse aparece tipificado, como das situações e relações da vida corrente afetadas, tanto para detectar conflitos, como para a solução de problemas em que resulta implicado esse interesse.

As dificuldades que se apresentam, no que concerne à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, se colocam como um desafio ao intérprete diante do princípio do melhor interesse.

Um alerta deve ser feito quanto ao perigo da relativização na aplicação do princípio em questão, diante da subjetividade de cada julgador e intérprete da norma, em face da inexistência de “uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o “melhor interesse”.” (PEREIRA, 1999, p. 4).

De acordo com Fonseca (2012), as circunstâncias de cada caso, com a atuação comprometida e efetiva do Ministério Público e dos serviços de apoio, devem impedir a aplicação equivocada da lei e a atuação judicial indevida, freando a discricionariedade e a arbitrariedade que, por vezes, desconsideram outros interesses igualmente importantes para a pessoa em desenvolvimento.

Estamos, portanto, diante de especial desafio, que exige dos aplicadores do direito a constante descoberta da melhor opção, aquela que determinará uma orientação coerente diante das questões que se apresentam, sem jamais deixar de levar em conta a prevalência do superior interesse das crianças e adolescentes.

Acerca das escolhas a serem tomadas, em atenção ao princípio do melhor interesse, Ana Paula Motta Costa (2012, p. 153) assevera que a avaliação do magistrado “deve levar em conta a alternativa concreta capaz de melhor garantir o conjunto de direitos que cabem ao sujeito em questão”. De forma que, o melhor interesse ganha conteúdo na medida em que reflete a alternativa que assegura o conjunto mais amplo de direitos, em maior harmonia.

"O desafio do direito, hoje, certamente é o de operar mudanças socioculturais indispensáveis para implementação nem tanto coercitiva, quanto voluntária acerca dos valores humanitários democraticamente consagrados na lei." (RAMIDOFF, 2008, p.141)

2.4. Princípio da Municipalização

A Constituição Federal de 1988 “definiu o município como entidade autônoma, que passa a constituir uma terceira esfera governamental, ao lado dos Estados e da União” (CARVALHO, 1999, p. 159).

A lógica presente na nova Carta Constitucional é a da desjudicialização, onde a principal providência é a descentralização político-administrativa e a participação comunitária por meio de suas organizações representativas, tanto na formulação das políticas, como no controle e fiscalização das ações em todos os níveis.

De acordo com Carvalho (1999, p. 155), “o Município é o lugar onde os problemas dos cidadãos se apresentam. É, portanto, o lugar onde as respostas conjuntas devem acontecer”. Acerca da atuação do município, o autor assevera, ainda, que “além de ter suas funções regidas pelo interesse público, a proximidade da comunidade lhe confere maior capacidade de captar e processar seus anseios e traduzi-los como objetivos expressos em ações efetivas e coerentes” (p. 160).

A previsão constitucional, da descentralização política, faz do Município o titular da tomada de decisões, para que dentro da própria comunidade possam ser encontradas soluções que impliquem numa maior eficiência e eficácia, criando atendimento personalizado às crianças e adolescentes, preservando-os próximos de seus familiares e proporcionando a manutenção dos vínculos familiares e sociais.

Em decorrência, a municipalização da execução das medidas socioeducativas torna mais efetiva a política de atendimento, na questão do trato do adolescente autor de ato infracional,

assegurando-lhe as garantias necessárias à justa aplicação e cumprimento das medidas socioeducativas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a orientação Constitucional, traz determinações expressas acerca da municipalização, seja na formulação de políticas públicas, por meio do CMDCA (Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente), seja na solução de conflitos mais simples e resguardo de direitos fundamentais infanto-juvenis, por meio do Conselho Tutelar, seja, por fim, pela rede de atendimento, composta pelo poder público, agências sociais e ONGS, sempre na busca de maior eficiência e eficácia no implemento da doutrina da proteção integral.

Ao ensinar sobre as disposições estatutárias a respeito da municipalização, Amin (2010, p. 29) afirma que:

A relevância do poder público local na legislação estatutária é facilmente verificável. O artigo 88 elenca as diretrizes da política de atendimento determinando sua municipalização, criação de conselhos municipais dos direitos da criança, criação e manutenção de programas de atendimento com observância da descentralização político-administrativa.

O princípio da municipalização do atendimento, expresso no artigo 88, do ECA, traça, portanto, a orientação de que as medidas socioeducativas devem ser aplicadas e cumpridas no município de domicílio do adolescente em processo de ressocialização.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, GARANTIAS PROCESSUAIS E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os princípios analisados no capítulo anterior traduzem a amplitude e a complexidade do que se entende por Direito Penal Juvenil, e manifestam também o caráter distintivo do sistema de responsabilização preconizado pelo ECA com relação à sistemática penal comum.

A doutrina infanto-juvenil majoritária assevera que as crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos dos demais cidadãos. Segundo Rossato (2011, p. 51):

As crianças são titulares de direitos humanos, como quaisquer pessoas. Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos.

Diante da proteção especial prevista pela Constituição, não há que se imaginar uma diferenciação que restringe direitos, mas sim que os amplia. Dessa forma, crianças e adolescentes gozam de princípios e garantias exclusivos, tal como o princípio da ‘prioridade absoluta, acrescidos de todos os princípios e garantias assegurados aos demais indivíduos, como será abordado neste capítulo.

3.1. A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa, a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal Juvenil

O artigo 288 da Constituição Federal estabelece que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Por ordem do legislador constituinte, portanto, crianças e adolescentes devem estar sujeitos a uma legislação especial.

Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 36), pontua que:

[...] era imprescindível criar um sistema que contemplasse respostas adequadas à criminalidade infanto-juvenil, de modo que ao mesmo tempo defendesse a sociedade, estabelecesse mecanismo de intervenção no processo de desenvolvimento da criança ou adolescente, capaz de reverter o potencial crimínogeno demonstrado pela prática da infração.

O referido autor defende que o sistema de responsabilização infanto-juvenil pertence a um ramo autônomo do Direito, tendo por base, tão somente, a Constituição Federal, a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8069/90.

Por outro lado, grande parte dos doutrinadores infanto-juvenis entendem de maneira diversa, afirmando que o ECA implantou no ordenamento jurídico pátrio um sistema que pode ser denominado como Direito Penal Juvenil.

A natureza jurídica das medidas socioeducativas há tempos é ponto controverso na doutrina. Enquanto os defensores do Direito Infracional sustentam o seu caráter unicamente pedagógico, em outra linha, os signatários do Direito Penal Juvenil reconhecem sua natureza híbrida: pedagógica e retributiva.

Como resultado dessa dissonância, os primeiros rejeitam a utilização de normas do Direito Penal e terminam, por vezes, afastando garantias constitucionais e princípios penais do usufruto dos adolescentes. Em oposição, os segundos reconhecem a atribuição ao adolescente infrator do “garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo”. (SARAIVA, 2002 [2], p. 48).

Mario Volpi, um dos defensores do Direito Penal Juvenil, ao analisar a natureza da medida socioeducativa, afirma que essas:

[...] comportam aspectos de natureza coercitiva, vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização e do acesso à formação e informação, sendo que, em cada medida, esses elementos apresentam graduação, de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração. (1997, p. 20)

Diante da controvérsia apresentada, merece destaque a edição da súmula nº. 338 pelo Superior Tribunal de Justiça, que determina que “a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”, reconhecendo o caráter penal das medidas previstas no ECA. O posicionamento do STJ fortaleceu a corrente doutrinária que firma a existência do Direito Penal Juvenil, além de impulsionar a aplicação de outros institutos próprios do Direito Penal aos procedimentos infanto-juvenis.

De acordo com Saraiva (2009), o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8069/90, estrutura-se a partir de três sistemas de garantias, que atuam de forma harmônica e integrada:

- (i) Sistema primário, disposto nos artigos 4º e 87 do estatuto, que visa a prevenção. Refere-se às políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes. São políticas básicas, de proteção especial e socioeducativa. Possui caráter universal, ou seja, propõe-se a abranger todos os jovens, assegurando que, indistintamente, alcancem condições de saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura;
- (ii) Sistema secundário, também de natureza preventiva, é relacionado a atuação do Conselho Tutelar, que executa as políticas de proteção especial, por meio das medidas elencadas nos artigos 101, 129, 23, parágrafo único, e 34 do ECA, que contemplam crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social;
- (iii) Sistema terciário, relativo às medidas protetivas e socioeducativas, enumeradas no artigo 112 do estatuto, reservadas aos adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais, sistema esse que consagra o modelo do Direito Penal Juvenil.

Esses três sistemas de garantias não são estanques, nem independentes, impondo que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente seja feita de forma sistemática e não pontual.

O direito penal juvenil, equivalente ao sistema terciário ou socioeducativo, representa, portanto, apenas uma parte dos preceitos estatutários, e sua aplicação revela a ocorrência de falhas nos segmentos anteriores.

Considerando que os sistemas de garantias, acima relacionados, estão conectados entre si, a movimentação do sistema terciário deve ser considerada, apenas, como último recurso, diante da falência dos sistemas de garantias primário e secundário. Da mesma forma que o Direito Penal, o Direito Penal Juvenil tem o caráter subsidiário do Direito da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, ensina Sposato (2006, p. 51):

[...] faz-se necessária a constatação de que o direito da criança e do adolescente trazido pela Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é muito mais abrangente e complexo do que o direito penal juvenil. Em outras palavras, o direito penal juvenil no ECA corresponde a apenas uma parcela dos dispositivos e regras ali elencados. [...] Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o direito penal juvenil, também como ocorre com o Direito

Penal, somente deve ser acionado quando os demais mecanismos de controle social falham.

O subsistema terciário, materializado no Direito Penal Juvenil, estabelece um mecanismo disciplinar alicerçado na premissa de que todas as crianças e adolescentes possuem os mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esse mecanismo estabelece, ainda, que, em resposta ao cometimento de atos infracionais, deverão ser aplicadas aos adolescentes medidas socioeducativas, que representam resposta estatal diferenciada à infração.

Conforme Sposato (2006, p. 82-83): “o grande diferencial entre o novo direito penal juvenil e o antigo direito do menor está na recuperação das garantias jurídico-processuais que haviam sido deixadas de lado pela localização do direito do menor (...) fora do âmbito do direito penal”.

Com o advento do ECA, os mesmos direitos e garantias assegurados aos imputáveis passam a ser aplicados aos adolescentes, como forma de protegê-los como cidadãos, limitando o arbítrio estatal.

Atrelar as garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente às demais garantias concebidas no Direito Penal brasileiro é de suma importância, pois, ao passo que pretendeu criar um sistema de mais garantias, o Estatuto possui uma série de lacunas que tornam o Direito Penal Juvenil, por vezes, mais seletivo e estigmatizante que o próprio sistema criminal.

Podem ser citados, como exemplos dessas lacunas, a omissão sobre a existência de prazo prescricional para a apuração de atos infracionais e para a imposição de medidas socioeducativas; a omissão quanto à manifestação da defesa durante a oitiva informal do adolescente perante o Ministério Público; a atribuição ministerial para iniciar a ação socioeducativa independentemente de queixa do ofendido; e, ainda, a possibilidade do Ministério Público oferecer representação isenta de prova pré-constituída da autoria e materialidade.

Em estudos realizados (MINAHIM, 2011), acerca da internação dos adolescentes, observando-se a jurisprudência produzida pelos tribunais, é inevitável concluir que a medida de internação é aplicada, em muitos casos, de maneira sistemática: com fundamentação legal insuficiente, sem observância dos requisitos exigidos no artigo 122 do Estatuto; com o uso de argumentos não jurídicos e de caráter ideológico, que expressam visão estereotipada dos

adolescentes; sem levar em conta o viés sancionatório da medida socioeducativa, ocasionando a utilização incoerente da privação de liberdade dos adolescentes, onde não é percebido o objetivo maior de proteção e nem de reeducação.

Portanto, existem princípios básicos do Direito Penal que não podem deixar de ser observados no âmbito do Direito Penal Juvenil. De acordo com Nilo Batista (2002), podem ser destacados, como princípios básicos do Direito Penal, os princípios da legalidade (ou da reserva legal), da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade.

Da mesma forma, as garantias processuais passam a ter aplicabilidade no sistema penal juvenil, até mesmo em razão do disposto no artigo 152 do Estatuto, estabelecendo que, aos procedimentos regulados por aquela lei, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Depreende-se, então, que “assim como as garantias jurídico-processuais aplicáveis aos adultos têm aplicabilidade no sistema penal juvenil, o mesmo ocorre com os princípios básicos do direito penal”. (SPOSATO, 2006, p. 86).

Os artigos 103 e 110, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecem o seguinte entendimento: “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”; “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

Assim, diante da natureza híbrida da medida socioeducativa, tanto pedagógica como sancionatória, a sua aplicação, na condição de sanção, precisa estar relacionada à prática de condutas previamente definidas em lei como típicas e antijurídicas; à comprovação de autoria e materialidade; e à rígida observância das garantias processuais e dos limites temporais de sua execução. Por outro lado, não haverá de ser aplicada nenhuma medida ao adolescente infrator, sem levar em consideração a concepção didática e pedagógica da medida socioeducativa.

Karyna Batista Sposato (2006), ao contrapor a medida socioeducativa e a pena, ressalta a similitude da função de controle social e do intuito reprovador e preventivo diante do ato infracional. A autora entende que ambas simbolizam o exercício do poder coercitivo do Estado, pois resultam em limitação ou restrição de direitos, evidenciando, assim, sua essência penal.

É inegável a natureza penal, ainda que juvenil, desse sistema. E, não obstante, os adolescentes serem detentores de prerrogativas próprias e peculiares, é indispensável empregar todo instrumental jurídico, penal e processual, estabelecido para os adultos, até mesmo “porque

o regramento vigente para os adultos neste aspecto é mais garantista que nenhum regramento”. (MACHADO, 2006, p. 118).

Em que pese todo o arcabouço doutrinário exposto e a firme percepção de que as garantias penais precisam ser aplicadas, quando couber, nos procedimentos da infância e da juventude, a fim de assegurar-lhes a almejada proteção integral, a assunção da finalidade sancionatória da medida socioeducativa ainda é muito repudiada por alguns doutrinadores.

Quando se pondera a existência de um Direito Penal Juvenil, alguns estudiosos afirmam que se trata de uma criação doutrinária, sob o argumento de que o Direito Penal é, fundamentalmente, um direito das penas e, dentro dos eufemismos legislativos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a estes não é aplicada uma pena, mas uma medida socioeducativa.

Entre os mais conceituados defensores de que a medida socioeducativa é eminentemente de índole pedagógica, negando-lhe qualquer traço de sanção ou retribuição, podemos citar Mário Luiz Ramidoff (2006), que, ao sopesar o caráter educativo-pedagógico das medidas previstas no Estatuto, considera incontestável que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, estando despida de qualquer conteúdo sancionatório.

Para Ramidoff (2008, p.141), é equivocado e inadequado utilizar institutos e regramentos próprios do direito penal e processual penal, quando se está tratando de adolescentes:

[...] diversos órgãos públicos de execução que atuam no Sistema de Justiça ainda não se deram conta da existência da teoria jurídica especial que se formou ao redor da doutrina da proteção integral. Isto porque se percebe nas decisões judiciais a fundamentação em dispositivos que apesar de pertinentes [...] não se orientam pela doutrina da proteção integral.

Essa objeção ao reconhecimento do Direito Penal Juvenil sustenta-se em nome de uma pretensa “autonomia” do Direito da Infância. De acordo com João Batista Costa Saraiva (2006, p. 58), existe um “preconceito de natureza hermenêutica em face de uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina”, além de uma flagrante insistência em manter válida a já superada Doutrina da Situação Irregular, pela qual, não era reconhecida aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos e, em nome de sua proteção, lhes eram suprimidas garantias próprias de um Estado Democrático de Direito.

Esse posicionamento preconceituoso acerca da existência do Direito Penal Juvenil tem servido de base, apenas, para a negação, ao público infante-juvenil, de princípios e garantias constitucionais que estão diretamente ligados ao cumprimento de penas e à incriminação de condutas. Ao passo que afirmam ser própria da cultura repressora a analogia do Direito Penal com a legislação da Criança e do adolescente, e que tal vinculação seria fruto de uma má- interpretação dos princípios estatutários, estão a suprimir importantes garantias já conquistadas pelo sistema criminal.

À vista disso, reconhecer a existência de um Direito Penal Juvenil é, em verdade, atribuir a essa classe específica, objeto de um sistema normativo diferenciado, a mesma base principiológica que orienta o sistema penal em seu todo. Não esquecendo, todavia, que a própria separação das legislações tem sua finalidade, que não há de ser corrompida quando da adequação de tais princípios.

O direito penal juvenil, nos moldes apresentados, e de acordo com o entendimento doutrinário prevalecente, coaduna-se ao Estado social democrático de direito, diante da função preventiva da sanção, que afasta-se da ideia de mera retribuição ao mal causado e, ainda, a sua aplicação restrita a casos singulares, quando se faz indispensável a proteção da sociedade.

Podemos, dessa forma, concluir que “todo sistema de garantias construído pelo Direito Penal como fator determinante de um Estado Democrático de Direito é estendido à criança e ao adolescente, em especial quando se lhe é atribuída a prática de uma conduta infracional”. (SARAIVA, 2009, p.61).

3.2. Princípios Constitucionais e Garantias Processuais do Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Conforme exposto acima, o Direito Penal Juvenil está insculpido no sistema do ECA, no qual foi estabelecido um sistema de sancionamento, de natureza educativa em sua proposta e conteúdo, mas inegavelmente retributivo em sua configuração, estando associado ao garantismo penal e aos ideais do Direito Penal Mínimo.

Reconhecer que as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei possuem caráter retributivo é, com certeza, um grande avanço, uma vez que permite aplicar a estes adolescentes todos os direitos concedidos aos réus de uma ação penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz expressamente, em seu texto, diversos direitos e garantias previstos na Carta Constitucional de 1988. Ademais, em seu artigo 15, o ECA confere ao adolescente infrator a condição de sujeito de direitos, outorgando-lhe, dessa forma, todos os preceitos guardados no artigo 5º da CRFB/1988.

Acerca desses princípios conferidos aos adolescentes, Mauro Ferrandin (2008) destaca, dentre eles:

[...] os princípios do devido processo legal, da excepcionalidade da restrição de liberdade, da presunção do estado de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da reserva legal, da culpabilidade, da individualização da medida socioeducativa e os direitos de ter conhecimento pleno da imputação de ato infracional, de possuir defensor, de solicitar a presença dos pais ou responsáveis, de os atos referentes ao inquérito ou ao procedimento de apuração de ato infracional tramitarem em segredo de justiça e de desfrutar de celeridade processual.

Nilo Batista (2002) destaca, como princípios básicos do Direito Penal, os princípios da legalidade (ou da reserva legal), da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade. Passaremos a analisar a adequação de tais princípios no âmbito do Direito Penal Juvenil.

3.2.1. Princípio da Legalidade

“O princípio da legalidade é a base estrutural do próprio Estado de Direito, e chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”. (BATISTA, 2002, p.65)

O Princípio da Legalidade está gravado no artigo 5º, XXXIX, da Carta Constitucional: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A lei é, portanto, a única fonte material para estabelecer a incriminação de condutas e cominação de sanções.

Cláudio Brandão (2002), desembargador do TJRJ, descreve a legalidade como o princípio dos princípios, em que o Direito Penal moderno sustenta sua legitimidade.

Quando se trata de adolescentes, não se cogita em prática de “crime”, e sim de ato infracional. Mas esses conceitos estão constados no artigo 3º do Estatuto da Criança e do

Adolescente, o qual estabelece que ato infracional é “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, evidenciando aderência ao Princípio da Legalidade. Por consequência, é exigida a configuração dos mesmos elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

A legalidade impõe limites ao direito penal juvenil ao estipular a precisa simetria entre a definição do crime e a imposição de sanção, impedindo a instituição arbitrária ou ilegal de medidas. Também ao proibir a retroatividade da lei penal, a criação de crimes e penas pelo costume, o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e, por fim, ao proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Karyna Batista Sposato (2006, p. 89), resume a aplicação do Princípio da Legalidade nos procedimentos infante-juvenis, nos seguintes termos:

Somente haverá ato infracional se houver figura típica que o preveja. E mais, a imposição de uma medida socioeducativa somente é admitida se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo. Exclui-se a antiga ideia do ambíguo “desvio de conduta”, vazio de conteúdo típico.

3.2.2. Princípio da Intervenção Mínima

Para o Direito Penal comum o princípio da intervenção mínima é um princípio implícito, que decorre do ordenamento, imanente por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, e com pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito, onde não se admite que o legislador criminalize comportamentos de forma arbitrária, diante do fundamento da dignidade humana (CF, artigo 1, III) e do objetivo de assegurar o bem de todos (CF, artigo 3, IV).

Noutro giro, para o Direito Penal Juvenil, o princípio da intervenção mínima é um princípio explícito, expresso no artigo 122, § 2º, do Estatuto, que diz que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada".

No mesmo sentido, destaca-se o artigo 37, b, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que determina aos Estados signatários deverão assegurar que:

[...] nenhuma criança será privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

A intervenção mínima, por seu caráter fragmentário, “implica dizer que a norma penal unicamente poderá empregar-se para defender bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves”. (SHECAIRA, 2008, p. 147).

Por outro lado, pela característica da subsidiariedade, esse princípio somente permite a mobilização do Direito Penal Juvenil quando os demais meios de controle social, sistemas primário e secundário, foram ineficazes.

Assim, o Direito Penal Juvenil se revela como *ultima ratio*, como último recurso de controle social, intervindo apenas quando se mostrar “absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica”. (SPOSATO, 2006, p. 90).

Karyna Batista Sposato (2006, p. 91) ensina que, sob o prisma da intervenção mínima, o Direito Penal Juvenil:

[...] situa-se como a *ultima ratio* do sistema de justiça da infância e juventude. Seu caráter fragmentário demonstra-se pela sua incidência restrita à verificação da autoria e materialidade de atos infracionais, que, por sua vez, assim como os crimes, objetivam proteger bens jurídicos determinados. Sua feição subsidiária é reforçada pela existência de três seguimentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas. As últimas só têm lugar quando as demais falharam em seus objetivos.

Ao analisar o supramencionado artigo 122, §2º, do ECA, segundo o qual o legislador determina expressamente que a medida de internação somente será aplicada na ausência de qualquer outra medida adequada, Sposato (2006, p. 93) conclui que:

[...] conforme determina a lei, o princípio da intervenção mínima gere efeitos sobre o grau de restrições de direitos que se impõe a um adolescente autor de ato infracional tanto do ponto de vista da natureza e do tipo de medida a ser adotada em cada caso, como também de sua intensidade e duração.

O reconhecimento do princípio da intervenção mínima na disciplina relativa à prática de infrações penais por adolescentes permite-nos reafirmar a existência de um Direito Penal Juvenil no ordenamento jurídico brasileiro, sem, contudo, comprimir a normativa infanto-juvenil à sua existência.

3.2.3. Princípio da Lesividade

Segundo Claus Roxin (1981, p. 25), "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral". Um cidadão não poderá ser punido pelo que ele pensa ou pelo que ele é, mas apenas pelo que ele faz, e se sua ação lesionar bem jurídico de outrem.

O princípio da lesividade impõe sejam rejeitadas da apreciação do juízo qualquer conduta que não se revista de tipicidade, antijuridicidade e reprovabilidade, como ideias, sentimentos, estados e condições existenciais. Vedando, assim, que a educação moral dos cidadãos se torne incumbência do direito penal.

Podem ser destacadas quatro funções preponderantes do princípio da lesividade. Vejamos:

[...] a primeira relativa à proibição de incriminar uma atitude interna, ou seja, ideias, convicções, desejos e sentimentos estão fora do campo de incidência do direito penal; a segunda correspondente à proibição de incriminar uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, o que implica a não-punição de atos preparatórios, ou ainda de autolesão; e a terceira e quarta funções, que possuem especial importância na esfera do direito penal juvenil, são a proibição de incriminar estados ou condições existenciais – pois o direito penal não existe para apenar o ser, mas somente o agir – e a proibição de incriminar condutas desviadas que não afetem qualquer bem. (SPOSATO, 2006, p. 95-96)

Esses dois últimos desdobramentos do princípio da lesividade, no âmbito do direito penal juvenil, são importantes para distanciá-lo do já superado Direito do Menor, em que crianças e adolescentes eram institucionalizados em razão de seu estado de abandono e de sua situação de vivência de rua.

Diversamente, no Direito Penal Juvenil apenas condutas típicas podem ensejar resposta estatal, a qual terá por finalidade sancionar o adolescente e aplicar-lhe medida socioeducativa. Para tanto, essa atuação estatal é condicionada à apuração, observado o devido processo legal, de que o ato apurado é típico, antijurídico e reprovável.

O princípio da lesividade é verificado no artigo 189 do ECA, que prevê:

Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato ato infracional;

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

O Direito Penal Juvenil existe, portanto, para sancionar condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento jurídico.

3.2.4. Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade pode ser verificado em diversas normas constitucionais e, no campo do direito penal, representa a evolução das penas corporais para as privativas de liberdade e restritivas de direitos. A pena somente se justifica quando cumpre sua função preventiva e não mais simbólica.

As sanções penais deverão sempre ser observadas em uma perspectiva humanista, racional e proporcional. A racionalidade supera a ideia de mera retribuição, diferenciando a pena da vingança. A proporcionalidade exige que a medida adotada seja justa e equilibrada diante da gravidade do fato.

De acordo com Karyna Batista Sposato (2006, p. 97-98):

Para o direito penal juvenil, o princípio da humanidade gera impactos substantivos pela introdução das regras da racionalidade e da proporcionalidade, que até então eram ignoradas nas etapas penal indiferenciada e tutelar.

A medida socioeducativa adstrita à racionalidade não possui caráter meramente retributivo, ainda que em face de uma limitação ou restrição de direitos do adolescente denote uma carga negativa e coercitiva. [...] O princípio da proporcionalidade [...] exige, no caso de adolescentes autores da infração, uma ponderação entre as circunstâncias e a gravidade do ato infracional e a medida socioeducativa a ser aplicada.

Na seara do Direito Penal Juvenil, haverá que se considerar, ainda, a capacidade do adolescente infrator de cumprir a medida imposta, haja vista a estrita observância ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a individualização.

Nesse sentido, o artigo 112, §1º, do ECA prevê que “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

Os julgadores no campo da infância e da juventude deverão atentar sempre para a observância de juízo proporcional, em que seja levada em consideração a gravidade concreta do ato infracional e as condições pessoais do adolescente.

Desde a edição das Regras de Beijing (mencionadas no tópico 1.3.2), a proporcionalidade na medida aplicada ao adolescente em conflito com a lei já estava prevista, conforme redação do artigo 5.1: “O segundo objetivo da Justiça de Menores é o princípio de proporcionalidade”.

Segundo Sposato (2006, p. 99), a ideia central desse princípio “consiste na redução da intervenção penal ao mínimo indispensável, especialmente em se tratando da adolescência”. A autora acrescenta que é importante considerar que “a reação legal não poderá ser desproporcionada nem mais violenta que as condutas que quer reprimir”.

O princípio da humanidade está intrincado em toda a normativa infanto-juvenil. Para ilustrar, alguns dispositivos do Estatuto da criança e do adolescente merecem destaque:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

No âmbito do Direito Penal Juvenil, o princípio da Humanidade absorve todas as garantias de proteção da dignidade humana pertinentes aos adultos, e as amplia em observância ao princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

3.2.5. Princípio da Culpabilidade

Na Constituição Federal o princípio da culpabilidade está insculpido no artigo 5º, XLV, enquanto princípio pessoal da responsabilidade penal e pode ser visto como decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A culpabilidade tem grande relevância no campo do Direito Penal, como fundamento e limite para a aplicação das sanções, exigindo prova de autoria ou participação, e determinando que a responsabilidade penal é sempre pessoal.

Para o direito penal juvenil, “a culpabilidade e a responsabilidade representam que as medidas socioeducativas tenham como pressuposto o agir infracional do adolescente, que deve ser um agir típico, antijurídico e culpável”. (SPOSATO, 2006, p. 102).

À vista disso, no direito penal juvenil, assim como no direito penal, não poderá ser aplicada sanção alguma sem que, antes, seja demonstrada a culpabilidade. De igual modo, devem ser confirmadas a reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude, sob pena de inexistir o ato infracional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir a presente pesquisa, é possível observar que o encadeamento histórico dos documentos que abrigam os direitos da criança e do adolescente foi gradual, culminando no estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral, que eliminou tratamentos degradantes e medidas desarrazoadas, determinando o tratamento igualitário do público infanto-juvenil.

O reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, sob o prisma da Doutrina da proteção integral, quando passaram a ser expressamente definidos como prioridade absoluta, destinatários de todas as garantias constitucionais e processuais penais, revelou-se em nova dimensão constitucional, que delineou a participação do estado, da família e da sociedade na proteção específica dos direitos fundamentais pertencentes à população infanto-juvenil.

Fundamentada pela Constituição Federal de 1988 e na nova política estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, edificou-se uma rede de atendimento à criança e ao adolescente, por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O sistema de responsabilização prescrito na legislação especial correspondeu à superação da Doutrina da Situação Irregular, baseada no paradigma da incapacidade do “menor”, pela Doutrina da Proteção Integral, que foi adotada na Carta Constitucional de 1988 e regulamentada pelo ECA, sob a inspiração da normativa internacional, em um contexto de garantia dos direitos humanos fundamentais.

O sistema Penal Juvenil tem caráter subsidiário com relação ao sistema total de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e entrará em atuação apenas quando as instâncias de prevenção falharem em conter ações antissociais dos adolescentes.

As medidas socioeducativas poderão ser impostas apenas mediante procedimento de apuração do ato infracional, que deverá respeitar as garantias penais e processuais penais aplicáveis subsidiariamente, e também a partir dos princípios específicos da matéria, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do superior interesse do adolescente.

Entender as medidas socioeducativas apenas como pedagógicas e educativas gera uma série de controvérsias e não contribui para a Proteção Integral daqueles jovens submetidos ao

processo ressocializador previsto no ECA. É preciso considerar que a normativa específica, por si só, não garante a efetiva proteção dos direitos dos jovens.

Demonstrou-se, portanto, a necessidade de reconhecer também o caráter sancionatório e retributivo das medidas socioeducativas, que constituem a resposta estatal imposta ao infrator pela prática do delito.

O reconhecimento da necessidade de dispensar especial proteção às crianças e aos adolescentes, e de respeitar os princípios e garantias a estes atribuídos constituem processo contemporâneo, que ainda necessita de maior conscientização dos governantes e da sociedade para solidificar sua adesão à Doutrina da Proteção Integral.

Apesar do notável progresso que o ECA representa, existe, na prática, dificuldade na sua interpretação, por parte dos atores jurídicos, e na sua implementação, no tocante à atuação da administração pública.

A crise na implementação decorre da ineficiência das políticas públicas e da omissão governamental diante do quadro que se apresenta. É preciso que a atuação do agente público, responsável pelo implemento da rede de proteção, seja capaz de respaldar a atuação do magistrado, que, por sua vez, precisa assumir o papel de garantidor dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei.

Quanto à problemática interpretativa, a discrepância doutrinária quanto à natureza jurídica da medida socioeducativa, a depender do caminho que se venha a tomar, pode resultar em concessão ou não de diversos direitos e garantias previstos na legislação pátria.

Nesse caminho, chegamos a indubitável conclusão acerca da necessidade de defender a existência do Direito Penal Juvenil, a fim de inserir e acrescentar garantias e princípios do Direito Penal e Processual Penal aos institutos do ECA, diante da demonstração de que as medidas socioeducativas carregam em sua essência o caráter sancionatório e retributivo.

Caso não se admita a existência do Direito Penal Juvenil, o que veremos, em verdade, é a minimização de direito e a supressão de garantias aos jovens que se encontrarem diante de um procedimento de apuração de ato infracional.

O processo judicial a que o jovem infrator será submetido deverá pautar-se pelas garantias previstas constitucionalmente, acrescidas àquelas previstas na legislação especial, estatutária, penal e processual penal.

Não admitir esse Direito Penal Juvenil implicaria na negativa das regras introduzidas pelo Estatuto e na autorização de um tratamento mais gravoso que o previsto para os próprios adultos.

Somente por meio da assunção do Direito Penal Juvenil como instrumento para orientar os processos infracionais de adolescentes, considerando a absorção do viés retributivo da medida a ser aplicada, será possível atingir as reais finalidades preconizadas pela Doutrina da Proteção Integral.

A partir dos temas expostos nesta pesquisa, considerando a legislação infanto-juvenil, faz-se necessário o reconhecimento da presença de um sistema penal retributivo incorporado ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal afirmação não se trata da invenção de um Direito Penal Juvenil, uma vez que este é inerente ao sistema do Estatuto, e sua elucidação decorre de uma legítima construção hermenêutica, que absorve as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que precisa ser reconhecida ao adolescente em conflito com a lei.

Finalmente, a compreensão da lógica penal e processual no tratamento dos atos infracionais, possibilita o aperfeiçoamento da proteção dedicada à criança e ao adolescente, particularmente aqueles em conflito com a lei, de forma a delimitar suas responsabilidades, respeitando as condições peculiares de pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. **Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- _____. **Doutrina da Proteção Integral**. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- _____. **Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BELOFF, Mary; MÉNDEZ, Emilio García. **Infancia, ley e democracia**. Buenos Aires, Depalma, 1998.
- _____. **Modelo de la Protección Integral de los derechos Del niño y de la situación irregular: um modelo para armar y outro para desarmar**. In: Justicia y Derechos Del Niño. Santiago de Chile: UNICEF, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHO, Pedro Caetano de. **A Família e o Município**. In: O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CRISTINO, Fernanda da Rosa. **Considerações sobre o direito penal juvenil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5133>. Acesso em 12 out. 14.
- CUNHA, José Ricardo. **O Estatuto da Criança e do Adolescente no Marco da Doutrina Jurídica da Proteção Integral**. In: Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Rio de Janeiro, vol. 1, 1996.
- FERRANDIN, Mauro. **Princípio Constitucional da Proteção Integral e Direito Penal Juvenil: possibilidade e conveniência de aplicação dos princípios e garantias do Direito Penal aos procedimentos Previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Julho/2008.

Disponível em <http://www6.univali.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=562>
Acesso em 14 out. 14.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do adolescente**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

GRIFFITH, Daniel B. **The Best Interests Standard**: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients. In: Issues in Law and Medicine. Academic Journal Article, Vol. 7, No. 3. Winter, 1991.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. **A menoridade é carta de alforria?** In: VOLPI, Mário (org). **Adolescentes Privados de Liberdade: A normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**: A garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Adolescente e Ato Infracional**: medida socioeducativa é pena? 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.) **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa**. In: Revista Igualdade. Curitiba, v. 6, n. 21, 1998.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Proteção Integral do Menor**: do Pátrio Poder ao Poder Familiar e a Influência do Direito Internacional. Disponível em <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav52/artigos/Moa.pdf> > Acesso em 28 set. 14.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção**: a inimputabilidade do menor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____; SPOSATO, Karyna Batista. **A internação dos adolescentes pela lente dos Tribunais**. In: Revista Direito GV, São Paulo, 7, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a14v7n1.pdf>> Acesso em 14 nov. 14.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm> Acesso em 29 set. 14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em 29 set. 14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm> Acesso em 29 set. 14.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.) Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. In: A Família na Travessia do Milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Belo Horizonte, 2000.

_____. **O Melhor interesse da Criança**. In: O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANALTO. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 out. 2014.

_____. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 17 out. 2014.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e Adolescente**: Teoria Jurídica da Proteção Integral. 1ª. ed. Curitiba: Vincentina, 2008.

_____. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. **Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1450, 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10046/os-principios-constitucionais-penais-e-os-atos-infracionais>>. Acesso em: 30 out. 2014.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**, trad. F. Muñoz Conde e D. M. Luzón-Peña. Sevilha: Ed. Universidade de Sevilha, 1981.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral** – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3. Ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Adolescentes privados de liberdade**. Org. Mário Volpi. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **Desconstruindo o Mito da Impunidade**. Brasília: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, José de Farias. **O Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Cortez, 1997.