



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANILLO SILVA ARRAES DE CARVALHO

ANÁLISE DE CASO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
O abandono da doutrina da proteção integral e o regresso ao paradigma tutelar

Brasília – DF
2017

DANILLO SILVA ARRAES DE CARVALHO

ANÁLISE DE CASO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
O abandono da doutrina da proteção integral e o regresso ao paradigma tutelar

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Debora Diniz

Brasília – DF
2017

DANILLO SILVA ARRAES DE CARVALHO

ANÁLISE DE CASO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
O abandono da doutrina da proteção integral e o regresso ao paradigma tutelar

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Brasília, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Debora Diniz
Orientadora

Professora Dra. Sinara Gumieri Vieira
Membro

Professora Dra. Gabriela Rondon Rossi Louzada
Membro

Dedico este trabalho a meu pai, minha mãe e à
Deda por todo amor, apoio e paciência sempre
presentes. Sem vocês eu não teria chegado até
aqui.

AGRADECIMENTOS

À professora Debora Diniz por me apresentar um lugar no mundo acadêmico que antes eu desconhecia. Obrigado pela paciência, disposição e motivação. Seus conselhos como *leitora-ouvidora* me acompanharão pela vida.

Ao Humberto, Dani e Davi pela leitura, debates e reflexões. Por terem compartilhado suas impressões e opiniões. Pelo companheirismo em momentos de angústia. Pela amizade.

Aos colegas da Faculdade de Direito que tornaram esses cinco anos de graduação um período tão intenso de transformação e crescimento.

Aos que não se conformam. Que lutam. Que resistem.

Muito obrigado.

“Ouvi dizer que vocês querem reduzir a maioria penal para 16 anos. Eu tenho 18 anos, e me imagino agora no presídio. Não entendo de muitas coisas, mas posso lhe contar de minha vida: eu, talvez, fosse entrar no crime ainda mais jovem. É terrível me imaginar, ou imaginar outra menina, aos 16 anos em um presídio. Aqui não é um lugar feliz, mas eu vou à escola todos os dias. No presídio, eu não teria nem esta chance de mudança.[...] Eu sou mesmo tão perigosa para não merecer esta chance?”

(Do livro “Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal.” de Debora Diniz.)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que tornou pacífico o entendimento de que o cometimento de ato infracional durante a adolescência pode ser utilizado com fim de justificar a prisão preventiva já na vida adulta. Para tanto, apresentaram-se as principais teorias que orientam a relação do Estado com a infância e a adolescência no Brasil desde o surgimento do primeiro Código de Menores, datado de 1927; as atuais crises de implementação e de interpretação enfrentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; e, por fim, de que forma tais crises afetam a prática judiciária relativa à adolescência. O exame dos argumentos apresentados pela maioria dos julgadores do RHC 63.855 revela alinhamento a uma tendência política de supressão dos direitos da criança e do adolescente, o que se dá em desacordo com a doutrina da proteção integral e como medida legitimadora de uma penalização da adolescência.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Proteção Integral. Crise de interpretação. Adolescentes em conflito com a lei. Inimputabilidade penal. Prisão preventiva. Superior Tribunal de Justiça. RHC 63.855.

ABSTRACT

The following study aims to analyze the Superior Court of Justice's decision which consolidated the understanding that an act of infraction during the adolescence can be used to justify pre-trial detention in adult life. Therefore, the theories that guided the relationship amongst the State, childhood, and adolescence in Brazil, since the emergence of the first Minors Code (Código de Menores) from 1927, will be presented; as well as the crises of accomplishment and interpretation faced by the Child and Adolescent Statute (Estatuto da Criança e do Adolescente); and, finally, how these crises affect the judicial practice related to the adolescence. The examination of the arguments from the majority of the judges of the RHC 63.855 reveals an alignment with a political tendency to suppress the child's and the adolescent's rights, which is in disagreement with the doctrine of integral protection and as a legitimate measure of a penalization of adolescence.

Key words: Child and Adolescent Statute. Integral protection. Interpretation crisis. Adolescents in conflict with Law. Criminal unliability. Pre-trial detention. Superior Court of Justice. RHC 63.855.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI COMO SUJEITO DE GARANTIAS E DIREITOS	11
1.1 O paradigma tutelar e o menor em situação irregular	11
1.2 A doutrina da proteção integral e a responsabilização penal juvenil	13
1.3 As medidas socioeducativas: o adolescente em conflito com a lei e a inserção social de fato	15
2. O ATUAL CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO DO ECA	20
2.1 As crises de implementação e de interpretação enfrentadas pelo ECA	20
2.2 Impunidade ou inimizabilidade?	21
2.3 O adolescente em conflito com a lei como inimigo da sociedade	25
3. ANÁLISE DE CASO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	28
3.1 O RHC 63.855/MG	28
3.2 Doutrina da proteção integral ou regresso ao paradigma tutelar?	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

No Brasil, a consolidação normativa dos direitos referentes à infância só se tornou realidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a internalização da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC) e, finalmente, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Todas essas normativas vieram para estabelecer uma nova forma de como o Estado deve lidar com a infância e a adolescência.

É superada, no papel, a doutrina da situação irregular, onde o Estado agia com autoritarismo e discricionariedade, sendo institucionalmente consubstanciada a doutrina da proteção integral. Segundo a doutrina da proteção integral crianças e adolescentes são entendidos como indivíduos em importante fase de desenvolvimento a qual requer uma atenção e atuação especial por parte da família, da sociedade e do Estado para proporcionar-lhes os meios socialmente adequados de crescimento e evolução.

A sobreposição do modelo da proteção integral ao da situação irregular não ocorre, contudo, simultaneamente nos planos teórico e factual. Se o surgimento do ECA representou o fim do paradigma tutelar no plano normativo, o mesmo não pode ser dito a respeito das práticas institucionalizadas na realidade dos mais diversos órgãos da máquina estatal. Tal fato representa, nas palavras de Emílio Méndez (2000), a “Crise de Interpretação do ECA” que pode ser entendida como a tentativa de se interpretar o ECA, uma lei de caráter garantista e fundada na doutrina da proteção integral, sob uma perspectiva do paradigma tutelar, onde predomina a discricionariedade da atuação estatal.

A presente monografia tem por objetivo verificar, através da análise do julgamento do Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 63.855 do Estado de Minas Gerais, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), se os votos apresentados pelos ministros do tribunal estão em conformidade com a teoria da proteção integral, doutrina em que se fundamenta a legislação juvenil no país, ou se utilizam de interpretações da lei que remetem a teorias anteriores, o que revelaria a incidência da crise de interpretação na esfera do judiciário.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, será analisada a mudança de perspectiva do Estado sobre a infância e juventude desde o surgimento do Código de Menores de 1927 até a promulgação da Constituição de 1988 e do ECA em 1990; e a importância, do ponto de vista dos direitos humanos, dessa alteração de posicionamento em que a criança e o adolescente passam de indivíduos alvos de ações repressivas e arbitrárias a

peças em importante fase de desenvolvimento humano a quem devem ser fornecidos os meios necessários para um crescimento saudável e pleno.

Em seguida, será apresentado capítulo que tem por finalidade refletir acerca do cenário atual da adolescência em conflito com a lei. Como a prática judiciária tem sido influenciada, em prejuízo da proteção integral, pelo senso comum revelado através dos discursos reproduzidos socialmente que associam o aumento da criminalidade à dita impunidade do adolescente e, conseqüentemente, pelo clamor por maior rigor no sancionamento dos jovens em conflito com a lei.

No terceiro capítulo, realiza-se uma análise de caso no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento em que se debate a ampliação do agir punitivo do Estado em detrimento da maior proteção oferecida à adolescência, são mostrados, em um primeiro momento, os posicionamentos dos magistrados e os referenciais teóricos e normativos aos quais eles se atêm e, em seguida, se tais discursos têm compatibilidade com a teoria da proteção integral ou com doutrinas anteriores já normativamente superadas.

Por fim, são apresentadas as considerações finais da pesquisa. Dada a análise realizada sobre os votos apresentados pelos magistrados do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que os argumentos das decisões e o veredicto adotado alinham-se a uma tendência de penalização da adolescência e opera como sua legitimadora mitigando os direitos juvenis e servindo como atos antecipatórios à adoção de medidas mais gravosas como a redução da maioria penal.

1. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI COMO SUJEITO DE GARANTIAS E DIREITOS

1.1 O paradigma tutelar e o menor em situação irregular

No Brasil, o tratamento diferenciado dirigido a crianças e adolescentes tem marco inicial nas primeiras décadas do século XX e se conforma a uma tendência mundial iniciada nos Estados Unidos da América com o Movimento dos Reformadores (MÉNDEZ, 2000). A situação anterior é definida por Emílio Méndez (2000) como o modelo de “caráter penal indiferenciado” que tem surgimento com os códigos penais do século XIX.

A necessidade de uma nova abordagem penal direcionada à infância surge em resposta “a uma reação de profunda indignação moral frente à promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições” (MÉNDEZ, 2000, p. 2). O Movimento dos Reformadores, contudo, não trouxe aos sujeitos em questão uma transformação significativa no plano material, segundo Méndez (2000, p. 2):

uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, consistiu num compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da justiça de menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de seqüestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual, a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejos de seus emuladores latino-americanos.

O Código de Menores de 1927 inaugurou no Brasil a fase de caráter tutelar. Já em seu primeiro artigo, o Código definiu qual seria seu objeto e sua finalidade: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submettido pela autoridade competente às medidas de assistência e protecção contidas neste Código.” (BRASIL, 1927)

A instituição do Código não representou a formalização de direitos a serem implementados com relação à totalidade de crianças e adolescentes da sociedade, o objeto do Código era apenas um, o menor,¹ categoria escolhida para abarcar em um único termo a ideia de crianças e adolescentes tanto abandonados quanto delinquentes (VILARINS, 2016). Sob o

¹ A utilização do termo “menor” ao longo deste trabalho fará referência à categoria objeto da tutela do Estado enquanto vigorou o modelo de caráter tutelar. Tal explicação se faz necessária pela diferenciação que ocorrerá mais adiante quando será introduzida a ideia da criança e adolescente como sujeitos de direito, advento da doutrina da protecção integral que se consolidou no Brasil com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

argumento de proteção da vida e da saúde, toda criança em situação de vulnerabilidade social deveria estar no foco da vigilância da autoridade pública.

Assim, verificou-se que a implantação do novo projeto foi responsável por criar uma dicotomia no modo como se via a infância brasileira. De um lado, estavam as crianças pertencentes às classes econômica e socialmente privilegiadas, as que representavam a esperança do futuro da nação, do outro, o menor, a quem, sob a fachada do assistencialismo, eram direcionadas medidas arbitrárias e repressivas, indivíduo sobre o qual agia continuamente o olhar vigilante do Estado (RIZZINI, 2008).

A alta discricionariedade de que dispunha o Estado na tutela sobre os menores teve resultado não diferente daquele esperado quando a atuação estatal não é estritamente amarrada ao legalmente estabelecido. Arbitrariedades, excessos e abusos são aspectos que se tornaram características do modelo tutelar. Prova disso foi o alto número de menores que tinham sua liberdade privada sem haver cometido qualquer tipo de ilicitude. Crianças e adolescentes eram penalizados apenas por viverem em situação de pobreza (SARAIVA, 2013).

Da forma como o sistema se impunha, a atenção do Estado deveria estar sempre voltada ao menor. E, afinal, quem era o menor? A criação do estigma do menor nada mais foi do que uma forma encontrada pelo Estado para, naquele momento, lidar com parcela dos estratos marginalizados da sociedade (RIZZINI, 2008). Sob o falacioso argumento de missão civilizatória, a criança preta e pobre passava a ser objeto da arbitrária tutela estatal. Nesse sentido, André Custódio (2008, p. 25) assevera que:

A teoria jurídica do direito do menor desempenhava papel especial na resignificação da realidade, pois dispunha de um aparato capaz de transformar o menino e a menina pobre em “menor em situação de risco” e, portanto, destinatário da responsabilização individual pela sua própria condição de irregularidade. Era a construção de um mundo paralelo, onde a irregularidade era imaginada com base em preconceitos e estereótipos e depois restava aos agentes do Estado enquadrar o público perfeito à caracterização da barbárie.

Em 1979, período em que vigorava a ditadura militar, foi editado o segundo Código de Menores brasileiro. Não houve mudança fundamental na forma como eram vistas as crianças e os adolescentes. O Código reproduziu o caráter tutelar inaugurado com seu antecessor, sendo que agora ele se dirigia expressamente aos “menores que se encontram em situação irregular” (BRASIL, 1979). A novidade limitou-se a nomear formalmente a situação daqueles sobre quem pairava a vigilância do Estado. Uma efetiva mudança no tratamento da criança e

do adolescente só se tornou verdade com a Constituição de 1988, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, ao abordarem a temática da infância, adotaram a doutrina da proteção integral como base teórica.

1.2 A doutrina da proteção integral e a responsabilização penal juvenil

Como se pôde observar, as características do paradigma tutelar, como a discricionariedade do Poder Público e as ações dotadas de caráter repressivo e arbitrário, são inerentes a Estados autoritários. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do país, há uma superação do modelo da “situação irregular” em benefício de uma nova forma do Estado de lidar com a infância e a adolescência, relação esta que passa a ser guiada pelos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como a legalidade dos atos estatais e a dignidade da pessoa humana.

O novo modelo implantado no Brasil tem como uma de suas bases normativas a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC) de 1989, marco normativo mundial de implementação da doutrina da proteção integral. A doutrina da proteção integral representa uma completa ruptura com os modelos anteriores na medida em que eleva o menor da condição de objeto da guarda estatal para sujeito de direitos e obrigações, sendo-lhe assegurada participação ativa nos assuntos que lhe dizem respeito (MÉNDEZ, 2000).

A Constituição Federal de 1988 se antecipou à CIDC quanto à adoção da doutrina da proteção integral. Já no texto constitucional é estabelecida a responsabilidade compartilhada pela proteção dos direitos da criança e do adolescente entre o Estado, a família e a sociedade.² Em contraposição ao modelo tutelar, em que a lei abordava exclusivamente o menor em situação irregular, a Constituição conferiu a todas as crianças uma série de prerrogativas e direitos.

No Brasil, a completa mudança de paradigma referente ao tratamento da infância implantada pela Constituição e ratificação do CIDC, se consolidou com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que veio para regular o artigo 227 da Carta Magna. A edição do ECA simbolizou a completa superação, no plano normativo, da doutrina da situação irregular e elevou o antes menor à condição de cidadão de direitos (SARAIVA,

² Art. 227. 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.

2013). Se antes a lei se reduzia a definir o tratamento a ser adotado com o menor em situação irregular, agora é estabelecido que (BRASIL, 1990):

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.

Além de abarcar a infância na sua totalidade com uma vasta lista, não taxativa, de direitos e garantias destinadas à criança e ao adolescente independentemente de condição social, econômica ou familiar, o ECA inovou no plano do direito infracional definindo a responsabilidade especial juvenil e uma série de direitos e garantias processuais conferidas a adolescentes que cometam ato infracional. Sobre o tema, João Batista Saraiva e Mário Volpi (1998, p. 15) enunciam que:

Do ponto de vista das garantias penais, processuais e de execução no sistema da justiça da infância e juventude para jovens em conflito com a Lei, autores de condutas infracionais, poder-se-ia, preliminarmente, afirmar, como aspecto primordial, que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe estes agentes da condição de OBJETO DO PROCESSO, como os tratava o anterior regime, para o status de SUJEITOS DO PROCESSO. Conseqüentemente, isso os tornou detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (um dos postulados da ordem legal decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente), cumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, que estabelece em seu art. 1º, inc. III, como fundamento da República, a Dignidade da Pessoa Humana.

Para Emílio Méndez (2000), a superação do modelo de caráter tutelar, deu surgimento a uma nova etapa do direito da criança e do adolescente. Tal fase pode ser percebida pelos aspectos da separação, da participação e da responsabilidade. A separação no sentido de necessidade de distinção entre problemas de natureza social daqueles relacionados à infração de leis penais. A participação refere-se à garantia à criança e ao adolescente de formar e expressar opinião livremente de acordo com sua maturidade. E, finalmente, a responsabilidade. Tal conceito está intimamente ligado ao da participação, pois a conquista progressiva de maturidade torna possível que, a partir de um dado momento, o indivíduo em questão seja capaz de responder por seus atos (MÉNDEZ, 2000). É nesse contexto que Emílio Méndez define esse novo paradigma no tratamento da criança e do adolescente como a etapa da responsabilidade penal juvenil.

1.3 As medidas socioeducativas: o adolescente em conflito com a lei e a inserção social de fato

A Constituição Federal, em seu artigo 228, prevê que crianças e adolescentes são inimputáveis penalmente, estando sujeitas a legislação especial. Ao estabelecer a inimputabilidade penal, a Constituição não define que os menores de 18 anos não serão responsabilizados por seus atos. O que é estabelecido é que, levando-se em consideração as condições especiais da infância, crianças e adolescentes estão sujeitos a medidas compatíveis com o seu estado, reguladas em lei específica (SARAIVA; VOLPI, 1998).

O conduta praticada por criança ou adolescente equivalente à conduta tipificada penalmente como crime ou contravenção penal é definida pelo ECA como ato infracional. Com relação à prática de atos infracionais, às crianças, indivíduos com menos de 12 anos de idade, serão atribuídas as medidas de proteção.³ Quanto aos adolescentes, fase que define a etapa da vida que vai dos 12 aos 18 anos de idade, o ECA estabelece que:

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Tais providências recebem o nome de medidas socioeducativas. Ao reconhecer que os adolescentes têm capacidade para responder por seus atos, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu sanções específicas que levam em consideração sua condição especial de desenvolvimento (COSTA, 2014). A aplicação de tais sanções, contudo, deve sempre partir da máxima da doutrina da proteção integral segundo a qual adolescentes e crianças devem ser vistas como sujeitos de direito, como ensina Ana Celina Hamoy (2008, p. 37):

O constituinte brasileiro, ao ter incluído na Constituição a garantia dos direitos da criança e do adolescente, assim o fez tendo como clara opção a doutrina da proteção integral.

Dessa forma, o paradigma que deve nortear qualquer reflexão sociopolítico-jurídica sobre a infância não poderá jamais se furtar a ter como princípio norteador a compreensão da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, em fase de desenvolvimento especial e que devem assim ser tratados, sempre na busca de um crescimento saudável e acobertado pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive o direito de participação, não podendo ser permitida qualquer forma de negligência que possa causar prejuízo ao desenvolvimento físico e psíquico.

³ Medidas de proteção são providências a serem tomadas quando os direitos da criança forem violados ou quando sofrerem ameaça (BRASIL, 1990).

É sempre com esse paradigma do respeito à condição peculiar de desenvolvimento, da garantia universal de acesso a direitos, de tratamento respaldado pelo princípio do respeito à dignidade humana, que se deve compreender a aplicação e execução das medidas socioeducativas.

A aplicação de medidas socioeducativas deve ser entendida como uma forma complexa da atuação estatal que está interligada ao alcance de diversos objetivos elencados na Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012.⁴ Primeiramente, pode-se falar da responsabilização do adolescente. Como já mencionado anteriormente, o advento da doutrina da proteção integral concebe o adolescente como indivíduo em desenvolvimento com maturidade suficiente para ser responsabilizado por seus atos. O dispositivo legal prevê, ainda, o incentivo à reparação quanto a eventuais danos.

Além da responsabilização, é fundamental que a medida aplicada sirva ao papel de integrar socialmente o adolescente que cometa ato infracional, bem como de lhe assegurar todos os seus direitos e garantias, tendo em vista o papel do Estado de preservar a dignidade da pessoa. Tal objetivo é alcançado através da análise individual acerca do adolescente e da elaboração de um plano de atendimento que leve em consideração os mais diversos fatores que digam respeito a sua existência, seja de ordem econômica, social, familiar, educacional, cultural ou religiosa.

Por fim, como último dos objetivos traçados pela Lei 12.594/2012, a aplicação de sanção a adolescente que cometa ato infracional tem a finalidade de demonstrar a desaprovação da conduta infracional, de modo que, findado o processo legal, será designada para cumprimento uma das medidas estabelecidas em lei, podendo o jovem até mesmo ser privado de sua liberdade.

Sendo a infância e adolescência etapas cruciais na formação do indivíduo, o cometimento de ato infracional não pode ser entendido sob uma perspectiva simplista (COSTA; ASSIS, 2006). Entender as razões que levam uma pessoa a infringir a lei, em especial o adolescente, requer uma rigorosa análise de aspectos que vão muito além do superficial discurso moralista da escolha entre o que é certo e o que é errado.

Nesse sentido, o ECA, na medida em que adota como referencial teórico a doutrina da proteção integral, vê tal discurso reducionista como superado e busca entender o adolescente em conflito com a lei como um fenômeno complexo que não pode ser compreendido sob uma

⁴ A Lei 12.594/12 foi responsável por instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentar a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

óptica que se encerra no sujeito em si, mas como uma conjuntura de fatores sociais que revelam a fragilidade estrutural em aspectos materiais da vida da infância brasileira.

É, também, a partir desse entendimento que o ECA propõe a aplicação das medidas socioeducativas. Mais do que apenas aplicar sanções de caráter punitivo a adolescentes, o Estado se incumba do papel de proporcionar ao jovem a “construção de um projeto de vida digna, com respeito à sua comunidade, protagonizando uma cidadania de convivência coletiva baseada no respeito mútuo e na paz social” (HAMOY, 2008, p. 39).

Assim, a aplicação de medida socioeducativa tem, também, por escopo a garantia do adolescente à saúde física e psicológica. Nesse sentido, é revelada a importância da participação ativa de profissionais da área da pedagogia, psicologia, assistência social e saúde de modo a proporcionar às pessoas em questão uma verdadeira inserção social.

Tanto a Constituição quanto o ECA são claros no sentido de que devem ser fornecidas à infância e a adolescência as condições necessárias para um desenvolvimento saudável e que lhes proporcione os meios devidos de inserção e mobilidade social. Contudo, tal situação não demonstra a realidade da vida dos adolescentes que chegam a cometer ato infracional. Segundo dados apresentados em pesquisa elaborada por Cecília Froemming (2016), a qual investigou os processos infracionais de quarenta e uma adolescentes que passaram pelo sistema socioeducativo, constatou-se que, para além da aplicação da medida socioeducativa, pouco se fazia com relação ao suprimento real de condições para construção de um diferente projeto de vida.

Apenas para se ter uma noção a respeito de algumas informações sobre adolescentes que passam pelo sistema socioeducativo, de acordo com Debora Diniz (2017), constatou-se que dentre 18 meninas internadas em um módulo de socioeducação no Distrito Federal, 13 abandonaram a escola antes da conclusão do ensino fundamental e 16 possuíam registro de internação prévia.

O cometimento de ato infracional por adolescentes está intimamente ligado à ausência do Estado quanto ao seu dever de suprir as necessidades básicas de crianças e adolescentes possibilitando-lhes uma existência digna e o alcance da cidadania plena. A situação de vulnerabilidade social impõe-se como muralha intransponível a jovens, impedindo sua inclusão na sociedade, de modo que a criminalidade se torna a alternativa viável na esperança de mobilidade social, conforme constatado por Enid Silva e Raissa Oliveira (2015, p. 14):

a existência de deficiências e barreiras de acesso dos jovens pobres à educação e ao trabalho – os dois principais mecanismos, considerados lícitos, de mobilidade e inclusão social da nossa sociedade – bem como às estruturas de oportunidades disponíveis nos campos da saúde, lazer e cultura, contribuem para o agravamento da sua situação de vulnerabilidade social. Sem escola, sem trabalho ou com inserção laboral precária, os jovens ficam mais desprotegidos e, conseqüentemente, mais expostos, por exemplo, à cooptação pelo crime organizado. Assim, a prática de furto e a comercialização de drogas ilícitas – muitas vezes iniciadas por influência do grupo de amigos mais próximo – representariam uma alternativa real de trabalho na esperança de mobilidade social para o jovem morador das periferias pobres das grandes cidades, ainda que o exponha aos riscos e à criminalização relacionados às práticas desviantes.

É nesse contexto de ausência do Estado, que se dá a execução das medidas socioeducativas que, através da institucionalização do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) ressalta a importância da natureza pedagógica das medidas dirigidas a adolescente em conflito com a lei e que define a prioridade das medidas em meio aberto sobre as restritivas de liberdade. Tal preferência se deve ao fato de que a internação apenas deve ser aplicada em caráter excepcional e tendo em vista a constatação de que o maior rigor na aplicação das medidas não demonstra uma melhor efetivação de inserção social nos adolescentes egressos do sistema socioeducativo (SEDH, 2006).

Por se tratar de medidas com caráter penalizante, a aplicação de medida socioeducativa deve se dar por meio de processo legal em que sejam respeitados todos os direitos e garantias dos adolescentes, tanto processuais quanto materiais, para que não se perpetuem as discricionariedades e abusos outrora cometidos. Assim, com a instituição do SINASE é regulamentada a execução das medidas por meio de princípios e regras objetivas (BRASIL, 2012).

É notável que a Constituição Federal, a aprovação do ECA e a institucionalização de sistemas como o SINASE representam um grande avanço na relação do Estado brasileiro com a infância, relação essa que tem-se guiado, cada vez mais, pelo respeito aos direitos humanos. Há de se destacar, contudo, que muito ainda deve ser feito para que essa evolução no plano teórico alcance, de fato, a realidade da vida de muitas crianças e adolescentes por todo o país.

Mesmo com a inquestionável adoção do ordenamento jurídico nacional pela doutrina da proteção integral e de todas as suas prerrogativas garantistas, a disseminação de discursos superficiais e irrefletidos sobre a temática dos adolescentes em conflito com a lei tem gerado repercussão na sociedade que representam retrocesso aos avanços conquistados.

Mesmo no judiciário brasileiro ainda se observam ocasiões em que os direitos das crianças e adolescentes são vistos sob uma perspectiva que remete à doutrina da situação

irregular já há muito superada. Em capítulo posterior neste trabalho, tal discussão será traçada através da análise de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça em que, em desrespeito à Constituição Federal e demais leis que versem sobre os direitos da criança e do adolescente, permite-se que o direito penal atinja a adolescência.

2. O ATUAL CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO DO ECA

2.1 As crises de implementação e de interpretação enfrentadas pelo ECA

Já há quase 30 anos que a doutrina da proteção integral foi estabelecida como parâmetro institucional que deve guiar a relação do Estado, da família e da sociedade com a criança e o adolescente. Há, contudo, um abismo entre o plano normativo e o que de fato se observa na realidade material da infância brasileira.

Trabalho escravo infantil, adolescentes encarcerados em penitenciárias comuns, internação compulsória de adolescentes em situação de drogadição, a proposta de redução na idade para imputabilidade penal, entre numerosos outros fatores são situações que comprovam o quanto ainda precisa ser feito para que a doutrina da proteção integral supere a esfera normativa e seja uma verdade, também, na realidade das vidas de crianças e adolescentes.

Segundo Emílio Méndez (2000), os principais problemas enfrentados pelo ECA referem-se à existência simultânea das crises de implementação e de interpretação do estatuto. Segundo o autor, a crise de implementação se dá pela inadequada alocação dos recursos dedicados ao gasto social, de modo que “o mal manejo do gasto social opera como um fator que legitima sua própria redução, fazendo com que a sociedade acredite que: ‘Já que gastam mal, que pelo menos gastem pouco’” (MÉNDEZ, 2000, p. 4).

Quanto à crise de interpretação, esta deve ser entendida dentro do contexto em que se deu a substituição da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral. Segundo afirma Emílio Méndez, o processo de transição entre os modelos de tratamento de crianças e adolescentes não se deu por meio de um processo gradativo de evolução jurídica mas sim “que tal substituição resultou uma verdadeira (e brusca) troca de paradigma, uma verdadeira revolução cultural” (MÉNDEZ, 2000, p. 5).

O novo modelo institucionalizou uma legislação de caráter garantista, em que toda e qualquer ação estatal deve ter por parâmetro tanto as normas legais que, em respeito aos direitos humanos, definem os limites da atuação do Estado, quanto por meio dos institutos próprios legítimos para o alcance dos direitos e garantias dos sujeitos em questão. Assim, as práticas tutelares de caráter autoritário e discricionário devem ser substituídas por mecanismos legalmente estabelecidos para que se evitem as injustiças outrora cometidas (MÉNDEZ, 2000).

Ocorre que, por não ter sido uma transição gradual, há vertentes dentro do direito que, a contrassenso do que determina a própria letra da lei, se recusam a entender o ECA dentro do contexto da doutrina da proteção integral e insistem em interpretá-lo sob uma perspectiva tutelar que remete a abordagens ultrapassadas, como enuncia Emílio Méndez (2000, p. 6):

Até agora, o que se poderia denominar como um movimento de releitura discricional e subjetivista do ECA (característica típica da crise de interpretação), tem se expressado muito mais em e com slogans do que com argumentos. Um - duplamente incompreensível, por cínico ou por ingênuo - não ao direito penal juvenil (ao que não se soma, no entanto, um não à privação de liberdade), uma preferência por medidas sócio-educativas de caráter indeterminado, um favorecimento do aumento do poder discricional da justiça e da administração no processo de aplicação das medidas, assim como indicações claras na direção de manter um alto nível de "autonomia" científica a respeito do resto do direito em geral e da letra do ECA em particular (eufemismo para designar ato discricional) parecem ser os componentes centrais que compõem o que aqui passei a chamar de crise de interpretação do ECA. A crise de interpretação se configura então como a releitura subjetiva discricional e corporativa das disposições garantistas do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Dito de outra forma, a crise de interpretação se configura no uso do código "tutelar" de uma lei como o ECA claramente baseada no modelo da responsabilidade.

Observa-se, então, que o debate público sobre a adolescência e o cometimento de atos infracionais se dá em duas frentes. De uma lado, encontram-se aqueles que defendem uma posição garantista, que acreditam no império da lei como meio de se evitar a propagação de injustiças. Do outro, estão aqueles que encaram o ECA ainda sob uma perspectiva tutelar, e que insistem na abordagem do subjetivismo discricional baseando-se na ideia de impunidade penal de que se beneficiam os adolescentes que cometem ato infracional (MÉNDEZ, 2000).

2.2 Impunidade ou inimputabilidade?

Apesar dos atos infracionais cometidos por adolescentes representarem cerca de 10% do total das condutas penais investigadas no país (KOERNER, 2008), e de que dentre essas mais de 80% são relativas a infrações de pequeno e médio potencial ofensivo (MACHADO, 2006) a juventude tem sido responsabilizada pelo aumento da criminalidade e consequente sensação de insegurança na sociedade. Tal discurso tem se propagado por meio de notícias que aderem à narrativa do medo e optam por dar lugar a falas que associam o adolescente ao crescimento da criminalidade no país reforçando, no imaginário social, a ideia de impunidade como consequência da forma como o ordenamento jurídico trata o adolescente (SARAIVA, 2013).

Para agravar a situação, alguns políticos se aproveitam do superficial discurso do adolescente como principal fator do aumento da insegurança e propõem medidas que ignoram

a adolescência como fase de desenvolvimento a qual requer maior atenção do Estado, família e sociedade. Medidas estas que apresentam soluções messiânicas ao problema da criminalidade como, por exemplo, maior rigor na aplicação de sanções. Segundo afirma João Batista Saraiva (2013, p. 1):

O tema da prática de delitos por parte de crianças e/ou adolescentes tem ocupado periodicamente o debate político latino-americano. É assunto recorrente, de regra explorado demagogicamente, com ou sem fatos emblemáticos a animar o argumento, adotando periodicamente maior ou menor repercussão no âmbito midiático, em especial alimentado por um discurso retribucionista, animado por um furor penalizante. [...] . Essa ação se opera de forma direta ou difusa, seja pela proposta de aumento de sanções e/ou redução da idade penal, no plano político, no primeiro caso; seja pela fragilização das garantias, em uma formulação hipócrita tão ao gosto da antiga doutrina tutelar, no plano da operacionalidade dos sistemas.

Nesse sentido, apresenta-se a Proposta de Emenda à Constituição n. 171/1993, que tem por finalidade a redução da maioria penal para 16 anos em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguido de morte, cujo debate tem ganhado relevância política dentro da conjectura atual já tendo sido seu texto aprovado na Câmara dos Deputados, aguardando, então, a votação do Senado para se tornar lei (DINIZ; BRITO; RONDON; GUMIERI, 2017).

Em uma análise sobre a constitucionalidade de tal ato, no artigo “Proteção constitucional à infância: uma crítica à redução da maioria penal”, as autoras Debora Diniz, Luciana Brito, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri (2017) verificaram, dentre outros fatores, que o encarceramento de adolescentes de 16 anos em penitenciárias comuns poria em risco direitos fundamentais garantidos à adolescência, como convivência familiar e comunitária, além de submetê-los a uma condição de vida degradante e indigna dada a realidade carcerária brasileira. Tais fatos revelam-se como graves violações aos direitos dos jovens em questão já que é cerceada a proteção integral, que lhes deve o Estado, em prol de maiores repressões.

A inquietação aqui não é só constitucional, mas também de lógica: como se manter adolescente para as políticas sociais e adulto para as políticas criminais? O argumento é que não deve haver ambiguidade sobre os sentidos da “absoluta prioridade” e da “proteção integral” às crianças e aos adolescentes – o recorte etário importa para a definição do grupo específico a ser protegido com prioridade e integralidade. (DINIZ; BRITO; RONDON; GUMIERI, 2017, p. 102)

Também na esfera judiciária há reverberação do discurso criminalizador do adolescente de modo que são fragilizados os direitos e garantias da infância e adolescência, o que remete a aspectos da antiga doutrina tutelar. Tal fato revela o caminho que tem se traçado

no sentido de fundamentação de uma redução no rol dos direitos da infância em que se prefere as políticas penais às sociais.

Para fundamentar as propostas de maior rigor nas sanções aplicadas a adolescentes que cometem ato infracional, os principais argumentos utilizados são que adultos com finalidades criminosas se utilizam de adolescentes, ou que os adolescentes da era atual têm fácil acesso a informação, o que lhes provê discernimento entre o “certo e o errado”, tornando-os, portanto, maduros o suficiente para arcar com as consequências de seus atos (SARAIVA, 2008).

Para que se evite a propagação de discursos e medidas como as anteriormente mencionadas, João Batista Saraiva (2008) defende que não se confundam os conceitos de inimputabilidade e de impunidade.

Impunidade significa a não responsabilização do sujeito perante os atos por ele praticados. Dentro do contexto penal, tal situação pode ser exemplificada com a prática de um delito por determinada pessoa sendo que a tal prática não será atribuída qualquer sanção legalmente estabelecida. Em outras palavras, a pessoa que cometeu o crime não sofrerá as consequências penais por seus atos.

Já por inimputabilidade penal se entende a situação, em que estão inseridos os indivíduos com menos de 18 anos, de não serem a eles aplicadas as sanções estabelecidas no Código Penal.⁵ Por reconhecer a adolescência como fase especial de desenvolvimento, a Constituição estabelece em seu artigo 228 que os menores de 18 anos não se sujeitam às regras penais comuns, existindo, para eles, legislação especial que leva em consideração as particularidades de sua condição. “Nunca é demais repetir que a tese da proteção social como pressuposto para as políticas criminais para a adolescência não significa impunidade. Há punição aos jovens e adolescentes infratores no Brasil.” (DINIZ; BRITO; RONDON, GUMIERI; 2017, p. 101)

O artigo 228 da Constituição foi regulamentado pelo ECA que prevê para adolescentes que praticam delitos, a aplicação de medidas socioeducativas. Tais medidas, já foram

⁵ Além dos menores de 18 anos, considerados não penalmente imputáveis em razão de sua fase especial de desenvolvimento humano, são também considerados inimputáveis aqueles que, por razão de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, são incapazes de entender a ilicitude de seus atos, conforme determina o art. 26 do Código Penal. Assim sendo, a conduta ilícita praticada por tais indivíduos é, também, denominada infração penal e o seu cometimento sujeita o agente não à pena, mas à medida de segurança. Uma análise mais aprofundada sobre medidas de segurança pode ser encontrada na dissertação de mestrado de Letícia Naves, que tem por título: “A punição da loucura: as decisões do Supremo Tribunal Federal após a Lei da Reforma Psiquiátrica”.

abordadas em capítulo anterior e, como visto, podem ser entendidas como um complexo de ações por parte do Estado que, além do caráter punitivo, levam em consideração aspectos pedagógicos e psicológicos que têm por finalidade prioritária uma socialização de fato do adolescente.

Importante, contudo, salientar o aspecto da responsabilização do adolescente pelo ato cometido. Como sujeito de direitos e de deveres, o adolescente é sim responsabilizado por seus atos. Para isso existem as medidas socioeducativas que, a depender da gravidade do ato infracional cometido, podem culminar, inclusive, na privação de liberdade (SARAIVA, 2008). Escapa-se aqui à análise mais aprofundada de como as medidas socioeducativas têm sido implementadas, já que há notícias de que tais execuções nem sempre se efetuam em respeito aos direitos dos adolescentes e tendo como fim sua reabilitação social (FROEMMING, 2016). O fato é que há lei em pleno vigor que atribui ao adolescente responsabilidade por seus atos.

Desse modo, não há que se falar que impunidade e inimputabilidade são a mesma coisa. Um adolescente não está sujeito às mesmas sanções penais que um adulto, isso não significa, no entanto, que ele não será responsabilizado legalmente por seus atos. O que ocorre é que sua responsabilização se dará de acordo com legislação especial a ele direcionada. De acordo com João Batista Saraiva (2008, p. 159):

Diferentemente do que é bradado, a máxima “com menor não dá nada”, está em desacordo com o que preceitua nosso sistema. O Estatuto prevê e sanciona medidas sócio-educativas eficazes, reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao infrator, não sentenciado – inclusive em parâmetros mais abrangentes que o CPP destina aos imputáveis na prisão preventiva – e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

É para evitar que discursos como o da “impunidade do adolescente” se disseminem e ganhem força no âmbito social que Emílio Méndez (2000) rechaça qualquer tentativa de utilização de termos eufêmicos quanto à responsabilização do adolescente. Para ele: “Não é possível nem conveniente inventar eufemismos difusos tais como uma suposta responsabilidade social, somente aparentemente alternativa à responsabilidade penal” (MÉNDEZ, 2000, p. 6). Tais atitudes somente contribuiriam com a associação da adolescência à impunidade, assim, Emílio Méndez defende a existência da “responsabilidade penal juvenil” como componente central na construção da cidadania do adolescente.

Sob a perspectiva apresentada da efetiva responsabilização penal juvenil, entende-se que “é exatamente na correta aplicação do ECA que está a salvaguarda da sociedade” (SARAIVA, 2008, p. 158). Os problemas enfrentados pela sociedade quanto à criminalidade envolvendo adolescentes não significam que o ECA é uma ferramenta ineficaz para a socialização de fato dos sujeitos em questão.

A lógica de educar e ressocializar deve prevalecer sobre a vingativa ou punitiva afastando-se assim o direito juvenil do inimigo. A sensação de impunidade e suposta ausência de responsabilização deve ser contestada, pois as medidas de caráter educativo aplicadas ao adolescente infrator são também um mecanismo estatal-jurídico de controle social. (DAVID; OYARZABAL, 2011, p. 233)

O que se constata, contudo, é que, de modo geral, a sociedade tem encontrado resistência para uma efetiva aplicação do estatuto, seja pelos poucos recursos direcionados a gastos sociais com a infância e adolescência, seja por oposição de grupos conservadores que insistem que os parâmetros de tratamento do Estado para com a criança devem ser aqueles de caráter autoritário e discricionários típicos do regime tutelar.

Nesse sentido, ao invés de se posicionar por um maior endurecimento da justiça criminal, o que não representa efeito relevante sobre a criminalidade (KOERNER, 2008), o esforço da sociedade deve se concentrar em fazer valer os preceitos do ECA que implementam e preservam os direitos e garantias de crianças e adolescentes, sobretudo aqueles em conflito com a lei, para que possam receber as condições necessárias para uma efetiva inserção social. Só assim poderá se dizer que a criminalidade juvenil está sendo, de fato, combatida.

2.3 O adolescente em conflito com a lei como inimigo da sociedade

Nas últimas décadas, o direito penal tem sofrido grandes retrocessos no âmbito de sua aplicação: de debates políticos que tendiam a uma redução da atuação punitiva estatal, passou-se a uma amplificação do poder sancionador do Estado. Utilizando-se como justificativa, ou pretexto, das situações de emergência, observou-se, em escala global, um maior rigor das legislações penais (ZAFFARONI, 2007). Para Eugenio Zaffaroni (2007), a figura do inimigo da sociedade ocupa lugar central nos debates que têm tomado lugar na seara das políticas criminais

A ideia do inimigo da sociedade remete ao indivíduo considerado perigoso ao corpo social. Dele são retiradas as características humanizantes a ponto de não ser visto mais como pessoa. A criação do inimigo despoja o sujeito de seus direitos não sendo ele merecedor de

tratamento condizente com as garantias fundamentais tão caras ao Estado Constitucional. Suas infrações são penalizadas sem o devido respeito aos direitos humanos e às limitações do direito penal. Ao inimigo não lhe resta a preservação nem de seu mais primordial direito como ser humano, até sua dignidade lhe é arrancada, sendo rebaixado à categoria de coisa, ou mesmo animal (ZAFFARONI, 2007).

Negando-se a tais indivíduos o acesso aos seus direitos e garantias estabelecidos no direito penal liberal,⁶ como a limitação do Estado em seu agir punitivo, a formação do inimigo age no sentido de criar no ideário social a imagem de um ser perigoso que, por sua própria natureza desviante, deve ser tratado segundo regras excepcionais não aplicáveis aos demais cidadãos: o “direito penal do inimigo”. Tal movimento tem como uma de suas características um alinhamento ao direito penal do autor (ZAFFARONI, 2007), em que a conduta delituosa é vista não como um fato em si, mas como característica intrínseca do próprio sujeito.

O sentimento de insegurança na sociedade, promovido sobre a influência direta dos veículos de informação, com a propagação de notícias de caráter sensacionalista que associam a juventude com a violência (DAVID; OYARZABAL, 2011) propiciam o surgimento de um específico inimigo da sociedade: o adolescente marginalizado.

Vive-se um tempo em que o adensamento das desigualdades e suas repercussões para os segmentos sociais mais vulneráveis social e penalmente – como é o caso da juventude em conflito com a lei – tende a tornar natural o discurso que afirma respostas simplistas para fenômenos complexos como o caso dos clamores pela redução da maioria penal. Tais clamores colocam em risco muitas conquistas alcançadas na área da infância e juventude [...].

Frente aos problemas sociais, surge a ideia de inimigo, baseada em critérios de periculosidade desprovido das garantias e prerrogativas processuais de um Estado de Direito. Um Estado Social mínimo se transforma em um Estado Penal Máximo que vem assumindo características cada vez mais repressoras e alguns grupos são vistos como mais perigosos – os jovens infratores. (DAVID; OYARZABAL, 2011, p. 230)

Não se trata agora de uma ideia, a abstração do conceito de inimigo toma forma física e está presente na sociedade representando uma contínua ameaça aos “cidadãos médios” que cobrarão do Estado medidas para que o risco seja eliminado. Tal situação, associada à falsa ideia de impunidade da juventude, faz com que a comunidade acredite que as normas vigentes sejam insuficientes para a contenção do perigo, passando a exigir do Estado medidas excepcionais que desrespeitam os direitos e garantias dos indivíduos tidos como perigosos, o

⁶ Eugenio Zaffaroni (2007) faz referência ao “direito penal liberal” em contraposição ao “direito penal do inimigo”, onde o primeiro é aquele em que são respeitados os limites legalmente estabelecidos para aplicação das sanções penais, já no segundo, por haver uma desumanização do indivíduo em questão, no caso o *inimigo*, o poder punitivo se aplica de modo desproporcional com o fim de eliminar a “ameaça” de perigo à sociedade.

que se traduz no direito penal do inimigo, tão contraditório à lógica do Estado Democrático de Direito.

A situação acima desenhada se torna cíclica pela reprodução de várias atitudes equivocadas. A juventude não pode ser taxada como responsável pelo aumento da criminalidade na sociedade, desse modo, a configuração do adolescente como inimigo e, por consequência, as violações às suas garantias fundamentais não serão eficazes no sentido de promover um maior sentimento de segurança social e, com o passar do tempo, apenas se observará um agravamento das violações de seus direitos.

As infrações cometidas por adolescentes são um problema social, mas deve-se buscar uma orientação adequada para a solução desse conflito, isso deve ser estudado de uma perspectiva séria, não estigmatizante, tampouco de vingança, que não trate o adolescente como inimigo. (DAVID; OYARZABAL, 2011, p. 232)

Para que tal ciclo seja quebrado deve-se, primeiramente, abandonar a ideia de que a solução para os problemas de criminalidade juvenil estaria em um endurecimento do sancionamento de adolescentes infratores. Esse entendimento representa proposta imediatista e superficial quando a questão é política criminal. Superada essa primeira fase, devem-se reafirmar os avanços obtidos com o ECA que consolidou no ordenamento jurídico brasileiro uma série de garantias e direitos da infância e da adolescência. Ao invés de se bradar pela redução dos direitos, deve-se lutar para que os direitos previstos no estatuto sejam uma realidade na vida das crianças e adolescentes do país.

3. ANÁLISE DE CASO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos capítulos anteriores, intentou-se uma revisão teórica sobre a temática envolvendo a adolescência e os atos infracionais: uma análise histórica do assunto e os princípios teóricos que regem (ou deveriam reger) a atuação do Estado brasileiro com relação ao adolescente em conflito com a lei. O presente capítulo tem por objetivo desdobrar-se sobre decisão do Superior Tribunal de Justiça que confirmou o entendimento de que o cometimento de ato infracional na adolescência é fundamento, na vida adulta, à prisão preventiva. Serão analisados os votos dos ministros do tribunal que se manifestaram sobre o tema e a compatibilidade de seus discursos com a teoria da proteção integral.

3.1 O RHC 63.855/MG

Em meados de 2016, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com um caso em que deveria ser avaliada a legalidade de uma prisão preventiva que tinha como um dos fundamentos a ocorrência de atos infracionais durante a adolescência do acusado. Trata-se do Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 63.855 do Estado de Minas Gerais, impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que confirmou decreto de prisão preventiva expedida por juiz singular com a seguinte fundamentação (BRASIL, 2016, p. 12):

Embora [nome do impetrante]⁷ não tenha antecedentes, ele é bastante conhecido no meio policial e judicial, em razão das diversas infrações, inclusive relacionadas ao tráfico de drogas, praticadas enquanto menor; ademais, não se pode olvidar que o crime foi praticado com grave violência, demonstrando conduta perigosa que não aconselha a liberdade. Ressalte-se ainda que as condições pessoais favoráveis do réu são irrelevantes, quando demonstrada a necessidade da segregação cautelar.

Devido a divergência entre entendimentos das turmas do tribunal, o julgamento do caso foi direcionado à 3ª Seção para unificação da jurisprudência. A 3ª Seção é composta pelos 10 ministros que integram as turmas referentes à matéria penal em geral (BRASIL, 2017), mais adiante, serão exibidos os posicionamentos de cada um dos julgadores e seu veredicto final.

O caso foi de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, segundo entendimento do magistrado, a prisão deveria ser relaxada pois era ilegal (BRASIL, 2016, p. 7-8):

[...] a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal. Se não é possível usar como maus antecedentes e, é claro, jamais como reincidência, os fatos ocorridos ainda na adolescência, inclusive acobertados pelo sigilo e com medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção

⁷ Optou-se por retirar da citação o nome do impetrante para resguardar-lhe a imagem, já que tal informação é irrelevante para os fins dessa pesquisa.

do jovem, porquanto atos infracionais não configuram crimes, não servem de lastro a uma pretensa personalidade voltada à prática de crimes.

Atos infracionais anteriores somente terão efeito na apuração de outros atos infracionais, amparando, *v.g.*, a internação (ECA art. 112, II), e não no processo por crimes.

Deste modo, restou constatada e comprovada ilegalidade no decreto de preventiva.

Posteriormente ao voto prolatado pelo Ministro Nefi Cordeiro, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assumiu posicionamento semelhante, não percebendo fundamento jurídico para prisão do acusado (BRASIL, 2016, p. 8):

[...] não consigo imaginar reiteração de algo que não seja crime. Como posso considerar que antecedentes, vamos chamar assim, infracionais possam representar reiteração para efeito de prisão preventiva? Porque é o assunto que estamos tratando; não é de pena, mas é para prisão preventiva.

Pode-se dizer que não são maus antecedentes, mas podem ser considerados como reiteração. *Data maxima vênia*, não estamos tratando de crime, mas de ato infracional. Crime não é. E ainda que se possa imaginar isso, se a pessoa tem, vamos chamar como maior “uma reincidência”, que depois de cinco anos está depurada, vou pegar aquele menor que teve uma ocorrência na Vara da Infância e Juventude e colocar um carimbo nele, que é tudo que, em relação à infância e juventude, não deveríamos fazer, e sim adotar as medidas protetivas e estimular para que ele não volte para o sistema penitenciário. Então, a ideia de que a passagem pela Vara da Infância e Juventude marca como reiteração me preocupa profundamente.

No julgamento, os dois ministros mencionados anteriormente foram os que votaram pela ilegalidade da prisão por não encontrarem na lei fundamento suficiente em que se sustente a preventiva. Além disso, entendem, com base na norma constitucional referente à inimputabilidade dos menores de dezoito anos, que os atos praticados durante a adolescência não podem ser utilizados para quaisquer fins no direito penal.

Seguidamente, votou o Ministro Gurgel de Faria, que, sem apresentar uma fundamentação escrita de seu posicionamento, não percebeu ilegalidades na referida prisão, tendo, assim, inaugurado divergência no julgamento por adotar entendimento diferente dos ministros que o antecederam.

Foi, então, a vez do Ministro Felix Fischer que, apesar de concordar com os Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza, no sentido de que não é possível se utilizar das passagens do indivíduo pela Vara da Infância e Juventude como requisito que fundamente a prisão preventiva, verificou outros aspectos que seriam, por si só, suficientes para a manutenção da medida restritiva (BRASIL, 2016, p. 12-14).

[...]de fato, foram utilizadas na fundamentação da segregação cautelar as passagens que o recorrente teve pelo Juízo da Infância e Juventude.

Neste particular, alinho-me ao posicionamento do ilustre Relator no sentido de não ser possível a utilização das passagens do indivíduo, enquanto menor, pela Vara da Infância e Juventude, como elemento hábil a caracterizar o preenchimento do requisito da garantia da ordem pública.

Requisito dos mais debatidos pela doutrina pátria, que o coloca, em menor escala, na categoria de inconstitucional, dado o grau de imprecisão, vagueza e indeterminação de seu conteúdo [...]

[...] a meu juízo, não podem ser inseridos os antecedentes juvenis do acusado, sob pena de promover-se promíscua e ilegal fusão entre os conceitos de crime e de ato infracional, abundantemente dissociados pela doutrina e pela jurisprudência.

Em recente manifestação nos autos do HC n. 340.668/DF, tive a oportunidade, na condição de Relator, de lidar com o tema da administração da justiça da infância e juventude na forma prevista nas Regras de Beijing e, não obstante a Quinta Turma tenha reconhecido que a Resolução n. 40/33 da Assembleia-Geral da ONU não possui, entre nós, força cogente, já que não internalizada, é de se asseverar que o item 21.2 desse diploma recomenda que *"os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator"*.

Em que pese todas essas considerações, ousou divergir do e. Relator quanto à ausência de fundamentação do decreto preventivo, uma vez que os antecedentes juvenis não são o único fundamento a supedanejar a custódia cautelar do recorrente.

Dessume-se do decreto preventivo que, para além dos antecedentes juvenis do recorrente, a decisão faz referência expressa à gravidade concreta do delito, quando afirma que *"ademais, não se pode olvidar que o crime foi praticado com grave violência, demonstrando conduta perigosa que não aconselha a liberdade"*, sendo que tal fundamento sustenta-se por si só.

Em seguida, o Ministro Rogerio Schietti Cruz apresentou seu voto. A manifestação do ministro merece atenção especial, pois é nos termos de seu voto que é criado o precedente de que atos infracionais podem ser utilizados para justificar a prisão preventiva. O voto do ministro é o maior dentre todos os que participaram do julgamento tendo um total de vinte e três páginas.

Inicialmente o ministro ressalta a importância de uniformização da matéria por existência de decisões contrárias provindas das turmas do tribunal. Por um lado, são trazidos exemplos de decisões que autorizam a prisão preventiva justificadas pelo cometimento de atos infracionais na adolescência. Em suma, tais decisões ressaltam o fato de que a passagem dos adolescentes pela Vara da Infância e Juventude revelam uma personalidade voltada ao crime ou demonstram a periculosidade do agente.

Na contramão, são listadas decisões que afirmam a ilegalidade de tais prisões. Segundo o entendimento dos ministros que se alinham a esse pensamento, a conduta do indivíduo durante a adolescência, mesmo que por vezes se mostre contrária aos ditames legais, não pode ser utilizada para quaisquer fins no direito penal.

Em sequência, o ministro debate sobre o instituto processual da prisão preventiva e seus pressupostos legais. Para o magistrado, a tese analisada enquadra-se na hipótese prevista no Código de Processo Penal segundo a qual a prisão preventiva é medida adequada para se garantir a ordem pública. Após percorrer conceitos da doutrina a respeito da garantia da ordem pública e de como diferentes ordenamentos jurídicos utilizam-se de institutos

semelhantes para justificar a prisão provisória, chega-se à conclusão de que tal hipótese abarca a “proteção da sociedade diante de fundadas razões para acreditar que, em liberdade, o investigado ou acusado irá cometer novos crimes” (BRASIL, 2016, p. 29).

Mesmo diante da generalidade que pode ser abstraída da locução “garantia da ordem pública”, o ministro se opõe àqueles que são contrários a essa espécie da prisão preventiva por acreditarem ser ela de impossível verificação e incompatível com princípio da presunção de inocência, e em seu voto alega que tem a firme convicção de que (BRASIL, 2016, p. 30-31):

[...] tanto o Direito Penal quanto o Processual podem, sim, legislar e, mais ainda, aplicar o Direito tendo como perspectiva a provável ocorrência de fatos no futuro, a partir de dados do passado. No terreno do Processo Penal cautelar essa possibilidade é quase a própria justificativa da sua existência, pois qual não é o objetivo de todo provimento cautelar senão o de prevenir danos futuros?

[...]

Daí por que nos parece que se pode ter como válida a prisão preventiva para garantia da ordem pública, de maneira a evitar a prática de novos crimes pelo investigado ou acusado, ante sua periculosidade, manifestada na forma da execução do crime, ou no seu comportamento, anterior ou posterior à prática ilícita.

Convencido de que a garantia da ordem pública é fundamento suficiente para que se decrete a medida cautelar em questão, o ministro segue sua argumentação aferindo se, assim como os antecedentes penais, os atos infracionais também não seriam suficientes para justificar a prisão preventiva.

Valendo-se do conceito de garantia da ordem pública como hipótese de proteção à sociedade da reiteração delitiva, o ministro defende que “a decretação da cautela extrema funda-se em avaliação concreta da periculosidade do agente” (BRASIL, 20016, p. 33). Mesmo reconhecendo a dificuldade na utilização do termo “periculosidade”, o ministro opta por empregá-lo no sentido de que “a probabilidade de recidiva do comportamento criminoso se afere em face do passado do réu ou pelas circunstâncias específicas relativas ao *modus operandi* do crime sob exame.” (BRASIL, 2016, p. 34).

Nesse raciocínio, assim como o estudo da “periculosidade” baseado no passado do réu pode-se valer dos registros criminais procurando-se por antecedentes que comprovem o risco social decorrente da liberdade do acusado, do mesmo modo, afirma o ministro, também o cometimento de atos infracionais pode ser considerado para tal finalidade pois tais atos são indicadores de um comportamento violento. Para o magistrado, é legítima a utilização dos atos infracionais na avaliação judicial porque não se trata de um juízo de culpabilidade – dada a convicção de que ato infracional não é crime, medida socioeducativa não é pena e que o

adolescente é inimputável – mas sim de uma análise de periculosidade do agente (BRASIL, 2016, p. 35):

Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social, quais os atos infracionais praticados. Se estes não servem, por óbvio, como *antecedentes penais* e muito menos para firmar *reincidência* (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados, repito, para aferir o risco que a sociedade corre com a liberdade plena do acusado.

Quanto à proibição do Estatuto da Criança e do Adolescente de se divulgar informações sobre processos de adolescentes acusados de autoria de ato infracional,⁸ o ministro baseia-se em jurisprudência conservadora do tribunal e afirma que tal proteção é voltada à criança e ao adolescente apenas enquanto durar tal condição, ignorando, inclusive, recomendação das Nações Unidas, presente no tópico 21.2 das Regras de Beijing, de que “Os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator”, sob a alegação de que tal convenção não foi internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Convicto de que a análise de periculosidade do indivíduo para fundamentação da medida cautelar em salvaguarda da ordem social pode levar em consideração os atos cometidos pelo agente durante a adolescência, o ministro busca, então, delinear os critérios que devem guiar tal análise. Nesse sentido, no exame de periculosidade do indivíduo para justificar a prisão preventiva baseado em atos cometidos na adolescência, o juiz deverá verificar (BRASIL, 2016, p. 40):

- I. A particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave;
- II. A distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; e
- III. A comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência.

Demarcados os critérios, o ministro passa à avaliação do caso concreto e conclui que a afirmação do juiz de primeiro grau de que o acusado “é bastante conhecido no meio policial e judicial, em razão das diversas infrações, inclusive relacionadas ao tráfico de drogas, praticadas enquanto menor” (BRASIL, 2016, p. 41) não é justificativa suficiente para que seja confirmada a periculosidade do réu pois não atende aos requisitos esboçados em seu voto,

⁸ ECA, art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

especialmente o da necessidade de comprovação dos atos infracionais. Contudo, vê na decisão outros motivos que sustentam a preventiva votando pela legalidade da medida.

Finalizado o voto do Ministro Rogerio Schietti, notadamente o de maior impacto jurídico dentre aqueles que foram proferidos no julgamento, é a vez de se manifestar o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. O magistrado reconhece a existência da recomendação da ONU e afirma que mesmo não tendo tal recomendação força cogente, não pode ser ignorada servindo, sim, como baliza no julgamento do caso concreto. Nesse sentido, concorda com o Ministro Nefi Cordeiro sobre a impossibilidade de se considerar os atos infracionais com finalidades do direito penal (BRASIL, 2016, p. 45):

[...] se os atos infracionais ocorridos na adolescência não podem ser utilizados como maus antecedentes, quiçá para efeito de reincidência, quando inclusive acobertados pelo sigilo com medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem, também não deverão servir de lastro para amparar as medidas constritivas antes do trânsito em julgado da condenação.

Mesmo entendendo que a adolescência não é fase da vida passível de investigação pelo judiciário na análise da dita “periculosidade” do indivíduo para fins penais, o ministro, assim como alguns de seus pares, argumentou no sentido de que tal justificativa não era a única a fundamentar a preventiva de modo que os demais motivos eram suficientes para sustentar a permanência da medida.

Em seguida, o Ministro Ribeiro Dantas que, conforme suas próprias palavras, vota “na linha exata do Ministro Rogerio Schietti Cruz” (BRASIL, 2016, p. 48). Ou seja, vê como possível a utilização de atos infracionais para justificar a preventiva se seguidos os critérios apresentados pelo Ministro Rogerio Schietti, mas não entende que o caso concreto em análise se aplique a tal hipótese, justificando-se, contudo, a preventiva em outros fundamentos.

Finalmente, votam os Ministros Antonio Saldanha Pinheiro e Jorge Mussi, os quais não apresentaram votos escritos, mas manifestaram-se de acordo com os termos apresentados pelo Ministro Rogerio Schietti.

De todos os posicionamentos defendidos no julgamento, pode-se fazer um levantamento de que dentre os nove ministros que votaram no caso, quatro são contra a utilização de registros da prática de atos infracionais para quaisquer fins no direito penal,⁹ inclusive para justificação da prisão preventiva, e cinco entendem que a prisão preventiva pode ser justificada pela prática de atos infracionais na adolescência se observados os critérios

⁹ Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura, Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca.

estabelecidos pelo Ministro Rogerio Schietti,¹⁰ a saber: a gravidade concreta do ato infracional praticado, o tempo que se passou desde a prática do ato infracional e a comprovação judicial da ocorrência do ato infracional. Com relação ao julgamento do caso concreto, mesmo não havendo provas suficientes no decreto que justificassem a preventiva pelo cometimento de atos infracionais, a maioria dos ministros julgou por sua legalidade pois havia outros fundamentos que a sustentavam.

3.2 Doutrina da proteção integral ou regresso ao paradigma tutelar?

Como visto no relato do julgamento, dentre os nove ministros que votaram no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 63.855, quatro votaram pela ilegalidade da utilização de atos infracionais como justificativa à prisão preventiva. Abaixo estão listados alguns dos dispositivos legais e recomendações internacionais que dão base às decisões desses ministros:

São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.¹¹

São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.¹²

É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.¹³

Os registros de jovens infratores serão de caráter estritamente confidencial e não poderão ser consultados por terceiros. Só terão acesso aos arquivos as pessoas que participam diretamente da tramitação do caso ou outras pessoas devidamente autorizadas.

Os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator.¹⁴

Dentre os que votaram a favor da tese de que atos infracionais fundamentam a preventiva, argumentou-se que tal medida configura-se na hipótese de “garantia da ordem pública” elencada no Código de Processo Penal:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.¹⁵

¹⁰ Ministros Gurgel de Faria, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Jorge Mussi.

¹¹ Art. 228 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)

¹² Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990)

¹³ Art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990)

¹⁴ Recomendações 21.1 e 21.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing (ONU, 1985).

¹⁵ Art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A despeito da imprecisão inerente à locução “garantia da ordem pública”, os julgadores interpretaram-na como sendo hipótese de proteção da sociedade que justifica medida excepcional para com o acusado, a privação provisória de sua liberdade, levando-se em consideração a periculosidade intrínseca à sua personalidade.

Os ministros que votaram pela ilegalidade da utilização, em processos criminais, de atos cometidos na adolescência entendem que a inimputabilidade de adolescentes se apresenta como objeção intransponível para a comunicação entre os direitos penal e infracional. Guiando-se pelos princípios da legalidade e da reserva legal, principais garantias contra o excesso do poder punitivo do Estado, tais ministros limitaram-se a aplicar ao caso concreto a regra na forma como está prevista, evitando-se, assim, uma arbitrariedade pelo poder judiciário.

Na contramão de tal posicionamento, aqueles que entenderam que o ato infracional pode ser empregado em exame de periculosidade do agente, a fim de justificar sua prisão provisória, o fazem fundamentando-se em construções jurisprudenciais discricionárias que se afastam dos parâmetros legais.

Como já discutido em capítulo anterior, a promulgação da Constituição Federal é contemporânea a uma mudança de paradigma na forma como o Estado percebe a criança e o adolescente. Se antes, enquanto vigorou a doutrina da situação irregular, o Estado era dotado de grande discricionariedade ao lidar com os ditos “jovens irregulares”, agora, sob a égide da doutrina da proteção integral, todas as crianças e adolescentes são entendidos como sujeitos de direitos aos quais, mesmo em processo de verificação de infração legal, devem ser asseguradas as mesmas garantias, e até mais, que aquelas proporcionadas a adultos (HAMOY, 2008).

Desse modo, a própria Constituição Federal é, no Brasil, um dos marcos legais que significa essa transposição de modelos. Também, o ECA e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança são frutos desse momento de transformações pelo qual passa o direito da criança e do adolescente. Nesse contexto, não há como entender a inimputabilidade dos menores de 18 anos como preceito desvinculado da doutrina da proteção integral. Ou seja, à luz da proteção integral, não há como relativizar a inimputabilidade penal.

Se é proteção integral, a interpretação deve ser feita de modo extenso, caso haja dúvidas, que se interprete em benefício da infância. Não há espaço para uma fragmentação de

tal proteção. É ilegítima a conduta do judiciário de buscar, na lei, concepções vagas e imprecisas para fundamentar atos que sejam contrários à base teórica que rege a relação do Estado com a criança em favor de uma amplificação do campo de atuação do direito penal para que possa atingir, também, a adolescência.

A atuação jurisdicional que desconsidera a teoria da proteção integral como princípio interpretativo, com a finalidade de ampliar a esfera de atuação punitivista do Estado, revela que, mesmo nas instâncias superiores de decisões do país ainda há uma reverberação de políticas do passado, características do modelo da situação irregular, que insistem em interpretar a lei sob uma óptica tutelar. Manifesta-se, através dessa conduta, a “crise de interpretação do ECA”, apontada por Emílio Méndez (2000), em que se desprezam os parâmetros legais e se adotam práticas de caráter autoritário e discricionário.

À luz da proteção integral, a inimputabilidade penal é entendida como a garantia plena de que a infância e a adolescência não estão sob a guarda do direito penal. Para tais fases, resguarda-se um ramo próprio do direito que se presta a finalidades distintas daquele. A confusão entre concepções do direito penal e do direito da criança e do adolescente traduz-se não somente no desrespeito a princípios do direito penal e do direito infracional, mas também à Constituição Federal na medida em que relativiza a inimputabilidade penal de menores de 18 anos.

Na manobra argumentativa executada pelos ministros a favor da extensão da tangibilidade do direito penal à adolescência, defendeu-se que a proteção ao adolescente referente ao sigilo dos atos processuais em que se verifica a ocorrência de ato infracional extingue-se com a maioria penal (BRASIL, 2016, p. 2):

[...] a proteção estatal prevista no ECA, em seu art. 143, é voltada ao adolescente (e à criança), condição que o réu deixou de ostentar ao tornar-se imputável. Com efeito, se, durante a infância e a adolescência do ser humano, é imperiosa a maior proteção estatal, a justificar todas as cautelas e peculiaridades inerentes ao processo na justiça juvenil, inclusive com a imposição do sigilo dos atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e, em especial, aos adolescentes aos quais se atribua autoria de ato infracional (art. 143 da Lei n. 8.069/1990), tal dever de proteção cessa com a maioria penal, como bem destacado no referido precedente.

Mais uma vez é revelada a tentativa de se interpretar o ECA sob um enfoque tutelar. A afirmação de que a proteção estatal da criança e do adolescente relativa à proibição de divulgação de processos que digam acerca de atos infracionais é restritiva a indivíduos que

tenham menos de 18 anos não se alinha aos princípios norteadores da teoria da proteção integral. Novamente prefere-se a dilatação penalista à garantia dos direitos da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assentado na proteção integral, reconhece a infância e a adolescência como fases cruciais da vida, assegurando-lhes os meios próprios para que o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social ocorram em respeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana (BRASIL, 1990). Enfatize-se que tal proteção é referente a uma fase da vida pela qual todos os indivíduos passam ou já passaram.

Dizer que a proteção estatal à infância cessa com a maioridade penal é, novamente, valer-se de uma interpretação restritiva da lei. O que se protege não é um “espaço de tempo percorrido na vida”, mas sim a condição especial inerente a tal estágio de existência. Segundo a tese defendida na decisão, infere-se que todos os atos judiciais que digam respeito à passagem de um adolescente pela Vara da Infância e Juventude perdem a prerrogativa de sigilo no momento em que este adolescente fizer 18 anos, não permanecendo tais atos sob a guarda estatal relativa à proteção da infância.

Sabe-se que isso não é verdade. Não é porque o indivíduo completa 18 anos que a prerrogativa de sigilo referente aos atos judiciais de infrações por ele cometidos perdem a salvaguarda estatal, o ECA é explícito no sentido de proibir a divulgação de atos processuais que digam respeito a criança e adolescente, ou seja, o que conta é a idade do indivíduo à época do fato (BRASIL, 1990). Mesmo na fase adulta, alguns direitos inerentes à infância e à adolescência permanecem produzindo seus efeitos.

Confira-se, por exemplo, o ECA em seu art. 104, o qual determina que para o processamento do ato infracional será considerada a idade do adolescente na data do fato, isto é, mesmo que se trate de indivíduo com mais de 18 anos, serão aplicadas as regras estabelecidas pelo direito da infância, o que se dá em defesa de condição especial passada que não se exime com a maioridade penal.

De igual modo, também os atos judiciais referentes a práticas infracionais permanecem, ou deveriam permanecer, sobre proteção do Estado. Observa-se, então, a inconsistência da decisão ao alegar que ao completar 18 anos o indivíduo perde a proteção estatal prevista no ECA. Como se pôde ver, tal proteção tem como alvo a infância e a

adolescência entendidas como uma condição da vida humana e não meramente como um período restritivo de tempo transcorrido.

A referida proteção é irradiada a todos os indivíduos, ou seja, mesmo sobre aqueles que já estejam em sua fase adulta é reconhecido que passaram por fase de importante desenvolvimento social, intelectual, físico e emocional: a infância e a adolescência; e que tais fases são merecedoras de prerrogativas especiais. Um adulto não pode ser taxado por erros que tenha cometido na adolescência, mesmo que processado já após os 18 anos, as regras a serem seguidas são aquelas em vigência à época do delito.

Verifica-se, portanto, que o que se protege é a especial condição intrínseca ao estágio juvenil. O mesmo é verdade com relação ao art. 143, não é porque o indivíduo completou 18 anos que os direitos de sigilo referentes aos atos judiciais de infrações por ele cometidos perdem a proteção estatal.

Para além da impossibilidade de se interpretar, com base da doutrina da proteção integral, restritivamente o ECA em prejuízo da infância, há, ainda, recomendação internacional da Organização das Nações Unidas a qual é explícita no sentido de proibir a fusão entre os direitos penal e infracional, isso quando diz ser vedada a utilização de processos referente a atos infracionais em processos criminais:

Os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator.¹⁶

Mesmo tendo conhecimento de tal diretiva, alguns ministros optaram por afastá-lo sob o argumento de que como o tratado internacional de que faz parte tal recomendação não havia sido internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ele não vinculava as decisões do judiciário (BRASIL, 2016, p. 36):

Por não ter sido objeto de internalização e por não deter, por si só, eficácia vinculante, a Resolução n. 40/33, da Assembleia Geral das Nações Unidas, conhecida como Regras de Beijing, não sujeita a República Federativa do Brasil às determinações nela contidas, servindo apenas como diretriz internacional para o estabelecimento de políticas públicas na área de administração da justiça da infância e juventude, com aplicabilidade limitada pela soberania dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas.

Em oposição a valer-se de orientação internacional sobre os direitos da criança e do adolescente, ou mesmo de interpretar a norma nacional segundo a teoria que a inspirou, o judiciário opta por inovar no âmbito do direito juvenil, aproveitando-se de concepções

¹⁶ Recomendação 21.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing (ONU, 1985).

jurídicas vagas e interpretações abrangentes, como o conceito de “ordem pública” e até mesmo “personalidade perigosa”, com o claro intuito de sobrepor o direito penal ao direito da criança e do adolescente.

Em contraposição ao direito penal, o qual se presta majoritariamente à função de atribuir ao indivíduo punição por ilícitos praticados, o direito da criança e do adolescente tem por principal finalidade proporcionar ao jovem um projeto digno de cidadania no qual possa ser inserido de fato à sociedade a que pertence (HAMOY, 2008).

O que se verifica através da análise do julgamento é que, com o intento de se fazer prevalecer o direito penal sobre o direito da criança, o judiciário menosprezou as normas e os princípios diretivos que definem a atuação do Estado com relação à infância e adolescência e preferiu guiar-se por conceitos e interpretações jurídicas oportunas. Desprezou-se a proteção integral e o império da lei em benefício da discricionariedade e arbitrariedade da atuação jurisdicional

A aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes que tenham cometido ato infracional são, ou deveriam ser, uma forma de atuação estatal que tem por fim maior a inserção social através do suprimento de uma série de necessidades inerentes a essa fase da vida, sejam tais necessidades de caráter pedagógico, psicológico, físico, jurídico ou outros. Desse modo, após o cumprimento da medida, não há que se falar em incapacidade do adolescente de viver em sociedade.

Contudo, a alegação constante na decisão de que “atos infracionais [...] não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros” (BRASIL, 2016, p. 2) demonstra não apenas uma desvalorização e descrédito da doutrina da proteção integral, na medida em que esta tem por escopo proporcionar ao jovem as condições de ser dignamente inserido na sociedade, mas também, e mais grave, um retorno a um tipo de pensamento que associa o comportamento delituoso à própria personalidade do indivíduo. Sob discursos velados, há um resgate do direito penal do autor.

A preferência dos magistrados pela aplicação do direito penal, a despeito de preceitos normativos em sentido contrário, tendo como uma de suas justificativas o fato de que o cometimento de ato infracional revela uma personalidade perigosa que representa risco à “ordem pública” torna explícito o pouco caso do judiciário para com o direito da criança e, mais especificamente, com a doutrina da proteção integral.

Influenciados pelos clamores sociais que atribuem indevidamente, conforme mencionado em capítulo anterior, à adolescência o crescimento da criminalidade na sociedade, e amparando-se na justificativa de que o cometimento de ato infracional revela uma personalidade perigosa que representa risco à “ordem pública”, os magistrados atestaram que a esses “indivíduos perigosos” não se aplicam os direitos e garantias legalmente estabelecidos. É referendada, pelo Poder Judiciário, a existência de um direito penal do inimigo, nos termos em que adverte Raúl Zaffaroni (2007).

Nesse sentido, escapa-se à análise jurídica e objetiva do fato em si e se busca no próprio sujeito motivo suficiente para apartá-lo da vida em sociedade. Isto é, o Superior Tribunal de Justiça opera não como instância judiciária de preservação de direitos, mas como mantenedor da suposta ordem social de modo que, para preservar os direitos dos “não perigosos”, não importa se os dos “perigosos” sejam suprimidos. Conforme afirma Leticia Naves (2014, p. 69):

Pela tática de poder da biopolítica, opera a racionalidade de não deixar que certas pessoas “partilhem da Terra” com outras. A circulação no território comum é decidida pelos guardiões do poder de causar a morte – ou a invisibilidade – do outro.

O que se observa através do julgamento do Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 63.855 é que o judiciário não está preocupado em aplicar à adolescência os direitos e garantias que lhes são constitucionalmente previstos. Ao invés disso, utilizam-se de sua posição de poder para legitimar a penalização da adolescência. Mesmo aqueles ministros que foram contra a mistura entres os processos infracional e penal limitaram-se a citar a inimputabilidade de menores de 18 anos sem sequer abordarem a doutrina da proteção integral, abstendo-se de um aprofundamento do debate e abrindo margem para que aqueles com intento puramente punitivista e segregacionista obtivessem sucesso em seu propósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 63.855, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), revela que, mesmo após mais de 25 anos da promulgação do ECA, a crise de interpretação do estatuto ainda é verdade mesmo nas mais altas instâncias de decisão do país. No mencionado julgamento, o STJ amplia a abrangência do direito penal de modo que possa alcançar a adolescência no sentido de se permitir a utilização de atos infracionais para justificar a prisão preventiva para garantia da ordem pública mesmo existindo norma constitucional em sentido contrário.

No caso mencionado, a crise de interpretação do ECA pode ser verificada na medida em que, para justificar suas decisões, os julgadores desprezam parâmetros legais – como o da inimputabilidade penal de menores de 18 anos e o sigilo de atos processuais referentes a infrações cometidas por adolescentes – e se valem de concepções abrangentes e sem clareza jurídica – como o conceito de “ordem pública” e de “personalidade perigosa” – dando margem a uma conduta discricionária e arbitrária efetuada pelo poder judiciário.

A preferência dos magistrados em se ampliar a esfera de abrangência do direito penal em detrimento de uma maior defesa da adolescência, o que se traduz na escolha da punição ao invés da reafirmação do papel do Estado na efetiva inserção social do adolescente em conflito com a lei, pode ser vista como um movimento de alinhamento do judiciário com as propostas políticas de supressão de direitos da infância e da adolescência, como a ora em voga proposta de redução da maioridade penal.

Para além da evidenciada concordância do judiciário com as vozes que clamam por mais punição e supressão de direitos, tal decisão opera, ainda, como legitimadora e fundamentadora do processo de penalização da adolescência. O Superior Tribunal de Justiça age de modo a mitigar o direito da criança e do adolescente representando a antecipação de medidas mais gravosas, tal qual a redução da maioridade penal para 16 anos.

Adotando posicionamento que mais se assemelha àquele utilizado enquanto vigorou a doutrina da situação irregular, o Judiciário tem sua atuação pautada por ações arbitrárias guiando-se por concepções oportunas para o alcance de um fim previamente posto – a penalização da adolescência. Para suprir o ímpeto da sociedade por “justiça”, o judiciário prefere o agir retribucionista do Estado à reafirmação de direitos dos indivíduos em questão.

Evidencia-se a crença de que melhores resultados serão obtidos através de punição do que na efetiva implementação do ECA e da proteção integral.

Além da inconstitucionalidade constatada na medida judicial que ignora a prioridade das políticas sociais e de afirmação de direitos sobre as criminais e de supressão daqueles, o que não se leva em consideração é que, como discutido, um maior rigor na aplicação do direito penal pouco efeito tem nos resultados da luta contra a criminalidade.

É no esforço coletivo para uma efetiva implementação do ECA que deve se pautar as ações contra a marginalização da adolescência. Se ao invés de concentrar seus recursos em atitudes punitivistas e vingativas, tanto o judiciário quanto os demais setores do Estado e da sociedade alocassem seus esforços no sentido de garantir a crianças e jovens condições dignas e adequadas para o desenvolvimento de sua cidadania e sua inserção de fato à sociedade, como prevê o ECA, a criminalidade não seria um fator tão relevante no âmbito da juventude pois cada vez menos ela seria tida como meio de sobrevivência.

As reflexões acerca da infância e adolescência, em especial a adolescência em conflito com a lei, devem ser guiadas pela reafirmação das garantias e dos direitos já institucionalmente consolidados com a doutrina da proteção integral. Adolescência é questão de política social e não de política penal. A verdadeira batalha contra a marginalização e criminalização da adolescência se traduz não pela redução de direitos ou pela penalização de adolescentes, mas sim pela luta de que as garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente ultrapassem o campo normativo e atinjam o seu propósito ao se tornarem realidade na infância e juventude brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 17943- A, de 12 de Outubro de 1927, Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em 30 mai. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 04 out 2017.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 02 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 01 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em habeas corpus nº 63.855/MG. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 junho 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=PDF>. Acesso em 19 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2017. ISBN 978-85-7248-126-7. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3312>>. Acesso em 19 set. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. **Parâmetros para a interpretação da Lei 12.594/12 e execução socioeducativa**. Disponível em <https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_08/execucao.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2017.

COSTA, Regina Brandão Sampaio Fernandes da; ASSIS, Simone Gonçalves de. Fatores protetivos a adolescentes em conflito com a Lei no contexto socioeducativo. **Psicologia & Sociedade**, PortoAlegre, v. 18, n. 3, set./dez. 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 29, jan./jun., 2008.

DAVID, Décio Franco; OYARZABAL, Tatiana Sovek. **Adolescente Infrator: Sujeito ou Inimigo?** In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). Tipo: Inimigo. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 221 - 238.

DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal**. Brasília: Letras Livres, 2017.

DINIZ, Debora; BRITO, Luciana; RONDON, Gabriela; GUMIERI, Sinara. **Proteção constitucional à infância e à adolescência: uma crítica à redução da maioridade penal.** In: MACHADO, Bruno Amaral; ANDRADE, Anderson Pereira (Coords.). **Justiça Juvenil: Paradigmas e experiências comparadas.** Marcial Pons: São Paulo, 2017.

FROEMMING, Cecília Nunes. **Da seletividade penal ao percurso punitivo: a precaridade da vida das adolescentes em atendimento socioeducativo.** 164 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, 2016.

HAMOY, Ana Celina Bentes. **Medidas socioeducativas e Direitos Humanos.** In: HAMOY, Ana Celina Bentes (org.). **Direitos Humanos e medidas socioeducativas uma abordagem jurídico-social.** Belém, Cedeca-Emaús, 2008, p. 37 - 56.

KOERNER JUNIOR, 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.** São Paulo, FONACRIAD, 2008, p. 109 - 156.

MACHADO, Martha de Toledo. **Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente.** In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização.** São Paulo: ILANUD, 2006, p. 87 – 121.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano.** Buenos Aires - Belo Horizonte, fevereiro de 2000. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/adolescentes-e-responsabilidade-penal-um-debate-latino-americano>>. Acesso em 20 out. 2017.

NAVES, Letícia Aguiar Cardoso. **A punição da loucura: as decisões do Supremo Tribunal Federal após a Lei da Reforma Psiquiátrica.** 77 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília, 2014.

ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing.** Assembleia Geral. 29 novembro 1985. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegrMinNacUniAdmJustInfJuv.html>>. Acesso em 02 out. 2017.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. **A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal.** In: VOLPI, Mário (org.). **Adolescentes privados de liberdade: a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal.** São Paulo, FONACRIAD, 2008, p. 157 - 173.

_____. **Política Criminal e o Direito Penal de Adolescentes.** **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, n. 8, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa; VOLPI, Mário. **Os adolescentes e a lei:** para entender o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização. Brasília: ILANUD, 1998.

Secretaria Especial de Direitos Humanos - SEDH. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).** Brasília: Conanda, 2006.

SILVA, Enid Rocha Andrade de; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. O Adolescente em conflito com a Lei e o debate sobre a redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. **Nota técnica nº 20.** Brasília, IPEA, jun., 2015.

VILARINS, Natália Pereira Gonçalves. **Meninas de Santa Maria:** a precarização da vida na medida socioeducativa de internação. 110 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan. 2007.