ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DIREITO PENAL JUVENIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

JUVENILE CRIMINAL LAW AND CHILD AND ADOLESCENT STATUTE

João Eduardo Ribeiro de Oliveira*

RESUMO: No presente artigo analisa-se a inserção do chamado Direito Penal Juvenil no Brasil. Desenvolve-se a defesa do Direito Penal Juvenil como vetor complementar à Doutrina da Proteção Integral. Procura-se enaltecer que o Direito Penal Juvenil nada mais é do que a incidência da Constituição da República Federativa do Brasil sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Rejeita-se a ideia, inclusive com exemplos práticos, de que há prejuízo ao adolescente com a adoção do Direito Penal Juvenil. Sugere-se o aprimoramento do termo Direito Penal Juvenil para Direito da Criança e do Adolescente Constitucional, por força da indução ao equívoco ocasionada pela semelhança etimológica com o Direito Penal e por serem apenas parcialmente coincidentes os significados dos termos jovens e adolescentes.
Palavras-chave: Direito Penal Juvenil. Doutrina da Proteção Integral. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: In this paper it's analyzed the inclusion of the so-called Juvenile Criminal Law in Brazil. It develops the defense of the juvenile criminal law as a complementary to the Doctrine of Full Protection. It seeks to enhance that the Juvenile Criminal Law is nothing more than the incidence of the Constitution of the Federal Republic of Brazil on the Brazilian Child and Adolescent Statute. The idea is thus rejected, including practical examples, that there is damage to the teenager with the adoption of the Juvenile Criminal Law. It is suggested to improve the term Juvenile Criminal Law for Constitutional Law of the Child and Adolescent because of the induction to the misunderstanding caused by the etymological similarity with the Criminal Law and because the meanings of the terms youth and adolescents are only partially corresponding.
Keywords: Juvenile Criminal Law. Doctrine of Full Protection. Child and Adolescent Statute.

* Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN/Universidade Potiguar – UnP. Master Business Administration – MBA em Poder Judiciário pela ESMARN/Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Depois de percorrer duas etapas, primeiro o percurso da indissociabilidade com o sistema penal e depois a fase de natureza tutelar, o sistema de responsabilização de crianças e adolescentes passou a conceber acolhimento com suporte na Doutrina da Proteção Integral.

Assim, a sistemática prevista para o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/Lei 8.069/990) considera o peculiar estado intelectual da etapa de vida, pois para crianças (até onze anos) revelam-se aplicáveis as medidas de proteção (artigos 98 e 105 do ECA), enquanto que para os adolescentes (dos doze aos dezoito anos) se reserva o campo das medidas socioeducativas, sem prejuízo da aplicação das primeiras (artigos 98 e 104 do ECA).

Sob o prisma da Proteção Integral, comenta-se a introdução no Brasil do nominado Direito Penal Juvenil. Para essa corrente, em breve delinear, as garantias previstas na constituição e nas legislações penais devem ser aplicadas ao procedimento da apuração dos atos infracionais dos adolescentes.

Tal concepção se revela como fonte de intensas críticas, sob o fundamento de que a aproximação do plexo protetivo de crianças e adolescentes ao âmbito penal termina por desnaturar o primeiro, pois se deve preferir a finalidade socioeducativa do ECA e, portanto, impede-se a transposição de conceitos processuais penais à diferenciada tessitura da Lei 8.069/90.

Uma primeira categoria de análise diz respeito à definição e exploração do conceito de Proteção Integral no ordenamento jurídico. Outra categoria se refere à análise do fenômeno do neoconstitucionalismo, que envolve a constitucionalização do direito, com intensa influência da CF sobre os demais ramos jurídicos. Por fim, subsiste a exposição do ECA aos ditames hauridos da Constituição brasileira e aos tratados incorporados à ordem jurídica pátria.

O cotejo entre tais recortes esclarecerá se o Direito Penal Juvenil é aceitável como teoria a ser aplicada no Brasil ou se detém nefastos efeitos, conforme propalado pela doutrina refratária.

Defende-se que a incidência de garantias constitucionais na apuração e no processamento do ato infracional, derivação do neoconstitucionalismo mundial em voga, não é fator excludente da dimensão socioeducativa do ECA; ao contrário, são temáticas que, longe de se excluírem, complementam-se, ainda que o termo Direito Penal Juvenil não se apresente como melhor definição.

2 BASES PARA CONHECIMENTO E CONCLUSÃO QUANTO À PROBLEMÁTICA DA ADMISSÃO OU REJEIÇÃO DO DIREITO PENAL JUVENIL

2.1 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Matérias oriundas da mídia jornalística de todas as espécies não cessam de noticiar a ineficiência do Estado em cumprir a missão de promover o bem-estar geral (artigo 3°, IV, da Constituição).

A superlotação carcerária e de centros educacionais; a morosidade do Sistema de Justiça, a saber, das estruturas de investigação e promoção de medidas (Polícia Civil e Ministério Público), bem como de julgamento (Poder Judiciário); a corrupção que grassa e desvia importantes recursos públicos, dentre outros fatores, são elementos impeditivos ao adequado proceder estatal nas áreas de saúde, educação, segurança pública e, especificamente, da proteção à infância e adolescência.

Apesar de toda a deficiência, a específica roupagem dada ao sistema protetivo do ECA assenta-se na Doutrina da Proteção Integral[1], que evidencia absoluto cuidado para crianças e adolescentes, dada a condição especial de pessoas em formação, portanto, sujeitos de direito e não apenas objetos da atuação estatal. Veja-se o que diz a Doutrina sobre a Proteção Integral:

1 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).
§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

> A Doutrina da Proteção Integral do Menor foi enunciada inicialmente na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, mas o 8° Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (Genebra, 1959) posicionou-se no sentido de que não era função do Poder Judiciário assegurar à criança direitos tão amplos como o direito ao nome, à nacionalidade, à saúde, à educação, ao lazer e ao tratamento médico dos deficientes.
> A posição majoritária, defendida por Alyrio Cavallieri, e que redundou na adoção da Doutrina da Situação Irregular, era no sentido de a Justiça de Menores limitar-se à aplicação do Direito do Menor, relegando os Direitos da Criança para a competência do Poder Executivo.
> [...]
> Foi a conjuntura interna do país na segunda metade da década de 80, mais do que todas as Declarações e Convenções internacionais, que sinalizaram com as condições propícias à adoção da Doutrina da Proteção Integral.
> O grande movimento pela democratização do país colocou na ordem do dia a pauta dos direitos humanos, que basicamente significava um veemente repúdio a tudo o que advinha do Regime Militar[2].

Apregoa o magistrado e doutrinador Antônio Fernando do Amaral e Silva (2000, p. 211- 212):

> [...] É que o artigo 227 reuniu e sintetizou os principais postulados da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a infância.
> O novo ramo, que tem como fontes materiais a denominada 'questão do menor' e a 'crise da justiça tutelar' (casos Gault e Miranda), lastreou suas fontes formais em declarações e tratados dos direitos humanos, entre outros a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a proposta de Convenção (Polônia de 1978 – hoje Convenção Internacional dos Direitos da Criança), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade

2 SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.abmp.org.br/textos/189.htm>. Acesso em: 22 out. 2011.

> e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil.
> A mudança no panorama legislativo foi radical. Passou-se da chamada Doutrina da Situação Irregular do Menor para a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente; a criança pobre deixou de freqüentar o sistema policial e judiciário para ser encaminhada com os pais à instância político-administrativa local, os Conselhos Tutelares; desapareceu a figura do juiz de Menores, que tratava da situação irregular do menor, para surgir o juiz de Direito que julga da situação irregular da família, da sociedade ou do Estado, podendo decidir, inclusive, a respeito da eficácia de políticas básicas, condenando o Estado a propiciar medidas de apoio, auxílio e orientação à criança, ao adolescente e à família.
> A questão da delinqüência juvenil passou a ser encarada de forma realista e científica; apareceram as ações de pretensão sócio-educativas; a remissão, o direito ao contraditório e à ampla defesa; o julgamento; os princípios de presunção de inocência, da proporcionalidade, da legalidade, da fundamentação das decisões.

Revela-se notório que a Doutrina da Proteção Integral detém força motriz para implementar na sociedade novos parâmetros de alargamento das medidas de favorecimento para crianças e adolescentes.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), então Projeto de Lei 1.627/07 e agora Lei 12.594/12, decorrência da Proteção Integral, é definido como:

> Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.
> § 1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

> o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolvem o processo de apuração de ato infracional e de execução de medida socioeducativa, incluindo-se nele, por adesão, o sistema nos níveis estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 09 fev. 2012).

Além de reforçar o plexo de direitos individuais já existentes aos níveis nacional e internacional, o Sinase especifica os procedimentos de execução das medidas e o plano individual para cumprimento de cada um delas:

> Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.
> Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do art. 249 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), civil e criminal (idem).

Também integram o Sinase a disciplina quanto a programas de atendimento das medidas em meio aberto e sob privação da liberdade e o modo de condução para o adolescente portador de transtorno mental.

Em que pese a deflagração da Proteção Integral, a tratar crianças e adolescentes, como pessoas especialmente sujeitas à proteção é de se ver que a realidade dos fatos é de intensa violência praticada contra aqueles, seja por parte do Estado, seja por ação ou omissão da sociedade.

Falta, exemplificadamente, na maior parte dos Municípios, atendimento inicial integrado a crianças e adolescentes, com intervenção

simultânea de delegados, promotores, defensores, juízes, psicólogos e assistentes sociais em um mesmo local. É o que aponta Públio Caio Bessa Cyrino (2000, p.283):

> É preciso organizar um sistema de atendimento à criança e ao adolescente com base na gestão estratégica de "rede" (redes sociais espontâneas; redes sociais movimentalistas, redes sociais comunitárias; redes privadas; redes setoriais públicas).

Rarefeito também é no Brasil o estabelecimento de programa para os egressos do sistema de aplicação de medidas socioeducativas (internação, semiliberdade, liberdade assistida etc.), de forma a garantir o êxito na ressocialização.

A ausência de um plano estadual que contemple a regionalização e municipalização das ações em prol das crianças e dos adolescentes termina, outrossim, por colocar o sistema de proteção daqueles em patamar muito aquém do mínimo exigido (SILVA, 2000).

Sendo assim, a Proteção Integral é o primeiro vetor para compreensão do fenômeno do Direito Penal Juvenil e que se entrelaça com as noções modernas de constitucionalismo.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO ATUAL

Para entender o Direito Penal Juvenil é preciso ter em mente a gradual alteração na forma de controle do poder até os tempos atuais da Constituição, como baliza maior na organização de um país, bem assim as finalidades das medidas de caráter sancionador como as penas do Direito Penal e, para alguns, a aplicação de medida socioeducativa.

Após um longo período de ascensão do poder monárquico, que foi amenizado e substituído pela valorização do Parlamento (em meados do século XVIII) passou-se, após a Segunda Guerra Mundial, ao prestígio da Constituição como entidade basilar da sociedade:

> Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de

> preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas contribuições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição (MENDES, 2011, p. 55).

A transferência do poder efetivo da monarquia para os Parlamentos, e destes para o Poder Judiciário, culminou na valorização da Constituição como patamar mais denso de regramento das relações sociais, segundo aponta Daniel Sarmento (2009, p. 52):

> A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno dos interesses e não dos valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário. E este sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública - como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do 'mensalão', na definição de perda de mandato por infidelidade partidária e na proibição do nepotismo na Administração Pública.

Com a defesa do poder normativo das Constituições, foi natural perceber que tais diplomas orientavam qualquer regramento de nível inferior. A partir de então, convencionou-se que o texto constitucional incide e remodela todas as searas jurídicas, a ponto de figurar em voga termos como Direito Administrativo Constitucional, Direito Civil Constitucional etc., dado o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional.

Nos dias de hoje, a irradiação do arcabouço constitucional sobre as relações humanas deixou de ser exclusiva da estrutura Estado-indivíduo,

a incidir nas relações entre particulares, de modo a forjar na doutrina e jurisprudência contemporânea a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou seja, fora da relação vertical governo-pessoa).

A impossibilidade de excluir um associado de cooperativa sem o devido processo legal (STF, RE 158.215-4), a vedação a revistas íntimas em fábricas de vestimenta (lingerie) (STF, RE 160.222-8), a proibição quanto à discriminação de funcionário brasileiro em empresa aérea francesa (STF, RE 161.243-6) e o expurgo da tarifação na indenização a cargo do transportador aéreo (STJ, REsp 249.321) são exemplos da eficácia horizontal apontada[3].

Assim, a Constituição passa a irradiar efeitos diretos, sem necessidade de complementação legislativa, com inegáveis decorrências normativas diretas e não meramente enunciativas para o legislador (princípio da força normativa da Constituição de Konrad Hesse), o que é aplicável também sobre o Direito da Criança e do Adolescente (MORAIS, 2000), que para alguns é disciplina autônoma; para outros, parte integrante dos Direitos Humanos.

Percebendo o efeito da constitucionalização, Alexandre de Moraes (2005) publicou livro intitulado "Direito Constitucional Administrativo", no sentido de estudo das regras e princípios do Direito Administrativo postos na Constituição. Por dedução lógica, Direito Administrativo Constitucional se refere ao estudo da submissão das normas administrativas infraconstitucionais à Constituição.

A constitucionalização do direito tem reflexo direto na existência do Direito Penal Juvenil.

2.3 O DIREITO PENAL JUVENIL: ELOGIO E CRÍTICA

O Direito Penal Juvenil pressupõe a visualização da faceta sancionatória imersa no ECA, originando a obrigatoriedade de observância de atributos principiológicos naturais ao processo penal.

Faz-se sabido que para o Direito Penal as penas têm finalidade de pre-

3 LENZA, Pedro. **Fluxograma de curso de Direito Constitucional**. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Curso%20de%20Direito%20Constitucional%20-%20Eficacia %20horizontal%20-%20Lenza.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2011.

venção especial (reprimir o ímpeto de o apenado praticar outra conduta), prevenção geral (desestimular na sociedade a prática de delitos por meio do exemplo), retribuição (revidar o mal causado pelo apenado) e ressocialização (servir a pena como módulo de evolução social e de retorno à convivência).

É justamente na proliferação dos efeitos da Constituição sobre o ECA que se enquadra o chamado Direito Penal Juvenil, já que a Lei 8.069/90 concentra aplicação de restrições à liberdade, consagrando um sistema de responsabilidade com base em regras protetivas, o Direito Penal Juvenil.

A evolução do sistema de proteção aos infantes e adolescentes se encontra retratada na melhor doutrina:

> […] Emílio Garcia Mendez enumera que, do ponto de vista do direito, é possível dividir a história do direito juvenil em três etapas: […] Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o direito da infância e juventude na América Latina, faz-se insuperável, que a primeira etapa, do caráter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de 'liberdade por um pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade', na medida eram recolhidos todos ao mesmo espaço. […] O segundo momento, do caráter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do Século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a legislação da Argentina, todos os países da América Latina adotaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. […] A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade (SILVA, 2004, p. 125-126).

Em outro suporte teórico, Maria Isabel Sánchez García de Paz esclarece:

> Con la creacíon de los Tribunales de Menores se inicia un nuevo periodo em el tratamiento del menor delincuente, en cuanto constituyen el primer paso para subtraerlos del Derecho Penal de adultos mediante la creación de uma jurisdicción especial que aplica también medidas especialmente adaptadas a ellos e inspiradas, en términos generales, en finalidades no retributivas o intimidativas sino preferencialmente educativas y protectoras (PAZ, 1998, p. 98).

Diante do exposto, fica claro que o adolescente em conflito com a lei tem direitos que não se limitam àqueles previstos no ECA (artigos 110 e 111):

> Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.
> Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:
> I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
> II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
> III - defesa técnica por advogado;
> IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
> V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
> VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

É que a garantia da ampla defesa detém exteriorizações que ainda não foram exploradas na integralidade.[4]

4 "Deve-se ponderar que, na hipótese de o Ministério Público em segundo grau seguir a tendência das contrarrazões pela condenação ou inove em descrição que prejudique o condenado, deve ser reaberto prazo para defesa. Não aceitar a manifestação última da defesa revela aplicação do comando constitucional do devido processo legal de forma atenuada e que não se harmoniza com os novos tempos do processo penal plasmado na garantia dos direitos contra o poder estatal e no sistema acusatório." (OLIVEIRA, 2011, p. 252).

Parte da doutrina rejeita o Direito Penal Juvenil, sob o fundamento de que existe aproximação indevida entre o universo penal dos adultos e o diferenciado modelo de proteção do ECA. Diz Mônica Nicknich[5]:

> Se o conceito parece ser singelo, entretanto discursos diferentes se apresentam para a interpretação desta categoria. Pode-se dizer que o que atualmente goza de simpatia entre diversos atores jurídicos é o que se convencionou denominar de "Direito Penal Juvenil". Para seus adeptos, entre os quais Antônio Fernando do Amaral e Silva, João Batista Costa Saraiva, Karyna Batista Sposato, Wilson Donizete Liberati[2], os direitos e garantias penais e processuais penais utilizados em benefício dos adultos, de igual forma devem ser estendidos aos adolescentes autores de atos infracionais, sob pena de tratá-los de modo mais gravoso do que a um adulto que comete um crime.
> Numa primeira análise, a tese é convidativa, afinal imagina-se que esta interpretação resulta em vantagens para os adolescentes autores de ato infracional. Entretanto, como se verá a seguir, o silogismo é equivocado.

A recusa não tem fundamento, com a devida vênia. Ao se identificar o propósito sancionatório para o adolescente em conflito com a lei, sem descuidar do fator ressocializador das medidas, visualizam-se mecanismos do ECA que não são puramente socioeducativos. João Batista Saraiva[6], um dos expoentes dessa concepção, contextualiza:

> Ignora-se, por exemplo, que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um Direito Penal Juvenil, estabelecendo um sistema de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.

5 NICKNICH, Mônica. **Direito Penal Juvenil:** A negação da cidadania ao adolescente. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4173.pdf>. Acesso em: 22 out. 2011.

6 SARAIVA, João Batista. **Direito Penal Juvenil.** Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id164.htm>. Acesso em: 22 out. 2011.

> Quando se afirma tal questão, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Assim como o Brasil não foi descoberto pelos portugueses, sempre houve. Estava aqui. Na realidade foi desvelado. O Direito Penal Juvenil está ínsito ao sistema do ECA.

Já não se tem dúvidas que no sistema prisional dos adultos e nos centros para representados por atos infracionais (CEDUC/CIAD) os fins de ressocialização, prevenção geral e especial estão severamente afetados, com sobrevivência quase que exclusiva do feitio de punição ou retribuição.

Nessa ótica, a Corregedoria da Justiça no Estado do Rio Grande do Norte realizou inspeção nos centros educacionais e revelou um traçado uniforme de insalubridade, subestrutura e inexistência de aparatos básicos:

> Assim, todas as unidades necessitam de ações a serem realizadas pelo Poder Executivo para que os Direitos Fundamentais e Garantias Individuais previstos na Constituição Federal, bem como os direitos inerentes às crianças e adolescentes, cujas diretrizes para efetivação nas unidades de internação foram traçadas pelo SINASE, sejam garantidos[7].

Passando ao aspecto da prática judiciária, veja-se a situação de um adolescente que concentra algumas remissões como suspensão do processo e no procedimento seguinte foi internado em definitivo[8]:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. A palavra da vítima é suficiente, de regra, para a formulação de um juízo de convicção no que pertine à materialidade e à autoria da prática do ato infracional. Quanto à medida socioeduca-

7 Pró-adolescente – Plano de Resgate à Cidadania e Dignidade do Adolescente em Conflito com a Lei – Relatório de Inspeção Nº 12.048/11, 2011, p. 18.

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

> tiva de internação sem possibilidades de atividades externas, cumulada com tratamento para drogadição, se mostra adequada, no presente caso, vez que a resposta à infração será proporcional à gravidade do ato, assim como às circunstâncias e necessidades do menor. Considerando que o adolescente é recalcitrante no cometimento de infrações, tem comportamento desregrado e tendo recebido sucessivas remissões cumuladas, as quais ainda não restaram cumpridas, cabível a medida socioeducativa imposta. Sentença confirmada. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70008194920**, Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 22 abr. 2004).

Pergunta-se se deve o juiz simplesmente extinguir os outros processos com remissão, haja vista que o beneficiário se encontra cumprindo medida de internação.

Arquivar os processos em que houve remissão significa prejudicar o representado, inclusive no que toca ao anseio e possibilidade de provar a inocência em alguns ou em todos feitos e com isso desfazer a base que foi posta para o internamento na última representação por ato infracional.

Por isso, a diretriz necessária em um Direito Penal Juvenil é dar continuidade às apurações em suspenso, com o fim de reavaliar o contexto fático que levou à internação.

Considere-se, em outra dimensão prática, o recebimento dos laudos na internação sem que haja a devida fundamentação quanto à necessidade de permanência da medida (com indevido reconhecimento implícito da continuidade da medida) e que determina prazo indefinido e frustração nos adolescentes, resultando em rebeliões[9]. Perceba-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PROGRESSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - FUNDAMENTAÇÃO EMBASADA DE MODO GENÉRICO NA GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL - ADOLESCENTE

9 CPI sobre a situação dos adolescentes internos em São Paulo. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_febem_relatorio_final.htm>. Acesso em: 16 nov. 2011.

APREENDIDO A MAIS DE SEIS MESES E SUBMETIDO A AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL - ESTRUTURA FAMILIAR A COLABORAR NA SUA REINSERÇÃO SOCIAL - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A PROGRESSÃO PARA O REGIME DE SEMILIBERDADE COM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE DESINTERNAÇÃO SE POR AL NÃO ESTIVER APREENDIDO.

I. Não obstante considerável de extrema gravidade o ato infracional perpetrado pelo adolescente e compreensível o fundamento exarado pelo Juízo monocrático é de se ter em conta que a manutenção da medida socioeducativa de Internação vem amparada apenas na gravidade genérica da conduta.

II. Consigno que meu entendimento se respalda no fato de o adolescente já ter passado pelo primeiro processo de ressocialização de 6 (seis) meses, não possuir antecedentes e de se mostrar a família estruturada a lhe proporcionar o amparo necessário para não voltar a delinqüir, notadamente a pessoa de seu tio paterno que lhe financiará cursos profissionalizantes.

[...]

2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

3. É certo que o magistrado, no momento da reavaliação da medida socioeducativa imposta, não está vinculado a pareceres e relatórios técnicos, podendo, com base na livre apreciação de outros elementos de convicção e motivadamente, dirimir a controvérsia.

4. Entretanto, tem-se como fundamento insuficiente para desconsiderar o laudo técnico favorável à progressão do menor para

> *a medida de semiliberdade a gravidade genérica da conduta, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida de internação, admitida, somente, nas hipóteses legalmente previstas.*
> 5. Ordem concedida para assegurar a progressão do menor à medida de semiliberdade, se por outro motivo não estiver internado[10].

Também o fenômeno do controle químico nos adolescentes internos, a fim de obliterar uma vivência mais ativa e propiciadora de riscos à administração dos centros, indica que a aplicação de medida socioeducativa é muito mais retaliadora do que ressocializadora[11].

Imagine-se, no mesmo trilhar, as providências de conduzir coercitivamente o representado, sob o fundamento de que o viés socioeducativo impõe que ele deve contrariar o que foi produzido nos depoimentos, quando no sistema penal, mais gravoso, a ausência ou silêncio é direito e estratégia do acusado.

A imposição pela jurisprudência de oitiva prévia do adolescente antes de regressão de medida (Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça) e a aplicação da prescrição penal nos procedimentos de apuração de ato infracional (Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça) são claros demonstrativos do formato sancionador da resposta socioeducativa, pelo que não há que se falar em vedação quanto à aplicação das garantias processuais penais no procedimento de apuração de ato infracional:

> Súmula 265: É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.
> Súmula 338: A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.

Igualmente, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal é

10 BRASIL. STJ. HC 105119/PI. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. QUINTA TURMA. Julgado em 11set.2008 (destaque acrescido).(PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 2ª C. Crim. AI-ECA nº 0585536-9, de Maringá. Relator: Des. Lidio José Rotoli de Macedo. Unânime. Julgado em 20 ago. 2009. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1036>. Acesso em: 12 fev. 2012.

11 Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml? tl=1&id=935698&tit=Adolescentes-sao-medicados-ilegalmente>. Acesso em: 16 nov. 2011.

fértil campo de investigação no que tange à aplicação dele sobre o procedimento de apuração do ato infracional, de modo a valorizar a autonomia privada da suposta vítima quando não quer a continuidade do procedimento em atos infracionais equiparados a delitos de iniciativa privada (crimes contra a honra, alguns tipos de danos etc.) ou a crimes condicionados à representação (ameaça, lesões leves, dentre outros).

A presença compulsória do Estado em situações que não são litigiosas sugere violação de vários postulados (dignidade da pessoa humana, duração razoável do processo, efetividade da jurisdição etc.)[12].

Há, portanto, necessidade de o instrumental defensivo do campo processual penal ser aplicado no ambiente infanto-juvenil, pois se há incidência para os adultos, deve-se, por todas as razões da proteção integral, aplicá-los em favor do representado por ato infracional, conforme sólida doutrina já apontada:

> Não há dúvida de que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem um sistema de responsabilização do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional, afirmaram este direito penal, que será juvenil, porque especial, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, porém presidido por todo o conjunto garantista do direito penal, visando à consumação de seu fim sócio-educativo (sic) (SILVA, 2000, p. 145).

A denominação Direito Penal Juvenil peca, contudo, por ensejar equívocos ao se assemelhar etimologicamente ao Direito Penal previsto para maiores de dezoito anos (artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil), com potencial para induzir confusão em área que não é exclusiva de operadores jurídicos, mas de larga atuação de conselheiros, psicólogos, assistentes sociais, dentre outros.

Igualmente pode a descrição dar margem à ideia do conceito de jovem, pessoa de 15 a 29 anos, segundo o Projeto de Lei 4.529/04 que esta-

12 Nesse sentido, é de grande interesse saber se a Lei 9.099/95, ao transformar em ação pública condicionada a apuração das lesões leves, empreendeu modificação idêntica, por meio da interpretação conforme a Constituição, à ação penal por contravenção penal de vias de fato, pela relação de continência entre uma e outra infração. Outros exemplos constam da Série "Paradoxos Penais" no sítio do juiz de direito potiguar Rosivaldo Toscano Júnior na Rede Mundial. Disponível em: http:// <www.rosivaldotoscano.blogspot.com.br>.

belece o Estatuto da Juventude[13], cujo parâmetro não encontra correspondência exata com a já evidenciada determinação legal de adolescente.

Melhor seria chamá-lo de Direito da Criança e do Adolescente Constitucional, seguindo a disseminação dos efeitos constitucionais sobre o ECA e normas congêneres.

3 CONCLUSÃO

Em que pese toda a preocupação com o estágio de evolução psíquica do adolescente, é certo que a medida socioeducativa limita os direitos do indivíduo, conforme se dá na internação, na semiliberdade, na liberdade assistida, na prestação de serviços à comunidade etc.

Exsurge como decorrência lógica a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente para acentuar que as garantias constitucionais se apliquem em prol do adolescente, o que leva à conclusão que o termo Direito Penal Juvenil, embora inadequado, revela simplesmente gama protetiva aos adolescentes que tem por desiderato afastar o abuso de poder estatal.

O Direito Penal Juvenil ou Direito da Criança e do Adolescente Constitucional, pretende tão somente aplicar as regras protetivas de índole constitucional ao sistema do ECA, em face do crescente aumento dos atos infracionais derivados da marginalização dos menos favorecidos economicamente e da ausência de políticas públicas governamentais efetivas e eficazes (prevenção primária).

Consagra-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente detém especificidades (há apreensões e internamentos, não prisões; crianças e adolescentes, não menores; representados, não acusados etc.) que devem receber e efetivamente acolhem os influxos que derivam de normatividade mais fluida, tais como a Constituição e os tratados que ingressam no ordenamento jurídico.

A preocupação com a proximidade entre Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente não procede, na medida em que não se deixa de observar no segundo todo o ordenamento, o que inclui a Convenção

13 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=271219>. Acesso em: 22 out. 2011.

sobre os Direitos da Criança das Organizações das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança, os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riad), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.529/04**. Dispõe sobre o Estatuto da Juventude e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=271219>. Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2011.

BRASIL**. Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 out. 2011.

BRASIL. **Lei 12.594/12.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Sócio Educativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 09 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO. Súmula 338. Julgado em 09 maio 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 201, publicado em 16 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO. Súmula 265. j. 22/05/2002, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 135, publicado em 29 maio 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº **70014153043, Apelação Cível nº 70008194920**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 22 abr. 2004.

CYRINO, Públio Caio Bessa. O papel articulador dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos de Educação. In: KOLZEN, Armando et al (coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília: MEC, FUNDESCOLA, 2000, p. 255-284.

MARCÍLIA, Regina Maria Giffoni. **Orientações básicas para a pesquisa**. Disponível em: <http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto3-1.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça – Uma visão contemporânea. In: KOLZEN, Armando et al. (coord.). **Pela justiça na educação.** Brasília: MEC, FUNDESCOLA, 2000.

NICKNICH, Mônica. **Direito penal juvenil**: A negação da cidadania ao adolescente. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4173.pdf>. Acesso em: 22 out. 2011.

OLIVEIRA. João Eduardo Ribeiro de. Processo penal constitucional e democrático: a necessidade de manifestação do defensor após parecer do Ministério Público em tribunal e desfavorável ao acusado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 910, 2011.

PAZ, Mª Isabel Sánchez García de. **Minoría de edad penal y derecho penal juvenil.** Granada: Comares, 1998.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª C. Crim. **AI-ECA nº 0585536-9, de Maringá**. Relator: Des. Lidio José Rotoli de Macedo. Unânime. Julgado em 20ago. 2009. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1036>. Acesso em: 12 fev. 2012.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Corregedoria da Justiça do Estado do Rio Grande do Norte**. Pró-adolescente – Plano de Resgate à Cidadania e Dignidade do Adolescente em Conflito com a Lei – Relatório de Inspeção Nº 12.048/11. Disponível em: <http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=191&Itemid=102>. Acesso em: 09 fev. 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito Penal Juvenil**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id164.htm>. Acesso em: 22 out. 2011.

_____. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo nem direito penal máximo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 47, p. 125 -126, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: Jvs Podium, 2009.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Poder Judiciário e rede de atendimento. In: KOLZEN, Armando et al. (Coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília: MEC, FUNDESCOLA, 2000, p. 209-251.

SILVA, Paulo Sérgio Frota e. Ato infracional praticado no ambiente escolar e as medidas sócio-educativas. In: KOLZEN, Armando et al. (Coord.). **Pela justiça na educação.** Brasília: MEC, FUNDESCOLA, 2000, p. 557-600.

SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.abmp.org.br/textos/189.htm>. Acesso em: 22 out. 2011.

Correspondência | Correspondence:

João Eduardo Ribeiro de Oliveira
Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, Rua Promotor Manoel Alves Pessoa Neto, 1000, Candelária, CEP 59.065-555. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: jeduardoje@gmail.com

Recebido: 12/11/2011.
Aprovado: 02/02/2012.