

Política Criminal e o Direito Penal de Adolescentes

Criminal Policy and Adolescents Criminal Law

João Batista Costa Saraiva¹

¹ Jurista gaúcho com publicações na área da Infância e Juventude, Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e da Escola Superior de Magistratura, Juiz de Direito aposentado do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

Autor para correspondência:
João Batista Costa Saraiva
Email: joaobcsaraiva@hotmail.com

Resumo

Este artigo analisa os antecedentes do sistema normativo e jurídico da América Latina e Caribe no contexto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Neste sentido, recupera, de um lado, como a Convenção Internacional de Direitos da Criança e do Adolescente, como tratado específico de Direitos Humanos na área, operou como que uma revolução copernicana nas relações entre a sociedade e as crianças; e, de outro, os aspectos essenciais do *debate* sobre os elementos constitutivos da doutrina da proteção integral, como base teórica orientadora das políticas públicas para a infância no Brasil. Ao longo das discussões, procura-se demonstrar como as finalidades do ECA aparecem polarizadas principalmente em torno das duas lógicas, tendendo ora à proteção integral, ora à situação irregular, apontando como a evolução do tema é influenciada pelas condições históricas e culturais vigentes. Busca ainda analisar como essa ambiguidade tende, na prática, a dar margem à predominância da situação irregular, ainda que inseridas em estratégias de natureza protetivas ou preventivas, o que demonstra que a proteção integral da infância é um paradigma não totalmente isento de ambiguidades e, desta forma, pode atender a diferentes projetos de intervenção, de cunho mais ou menos tutelar ou emancipatório e mostra como as profundas transformações jurídicas descritas precisam superar o plano meramente jurídico-formal, se apoiar em princípios e praticar para alcançar a realidade sócio-cultural brasileira.

Palavras-chave: Direitos Humanos da Criança e do Adolescente. Doutrina da proteção integral. Ambiguidades.

Resumen

Este artículo examina los antecedentes del proceso del sistema de regulación y legales de América Latina y el Caribe en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, recupera, por una parte, como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del Adolescente, mientras tratado específico sobre derechos humanos en el tema, ha operado como una revolución copernicana en las relaciones entre la sociedad y los niños, y de otra parte, el aspectos esenciales del debate sobre los elementos constitutivos de la doctrina de protección integral, como base teórica orientar las políticas públicas para la infancia en Brasil. A lo largo de los debates, se busca demostrar cómo aparecen los objetivos del ECA polarizado principalmente alrededor de las dos lógicas, a veces tiende a la protección integral, a veces con el incumplimiento, señalando cómo la evolución del tema se ve influenciada por las condiciones

históricas y culturales imperantes. Asimismo, se pretende analizar cómo esta ambigüedad tiende en la práctica para dar lugar a la predominancia de irregular, aunque inserta en la naturaleza estratégica de protección y prevención, lo que demuestra que la protección de los niños es un paradigma que aún no es totalmente inequívoca y así, uno puede cumplir con diferentes proyectos de intervención, de forma más o menos protectora o emancipadora y muestra cómo las profundas transformaciones legales descritas necesitan superar el plan jurídica formal, basándose en los principios y prácticas para lograr el desarrollo socio-cultural brasileño.

Palabras clave: Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia. La doctrina de la protección integral. Las ambigüedades.

Abstract

This article examines the background of the process of the regulatory system and legal Latin America and the Caribbean in the context of the Convention on the Rights of the Child. In this sense, retrieves, on the one hand, as the International Convention on the Rights of the Child and Adolescent, while specific treaty on Human Rights in the area, has operated a Copernican revolution in the relations between society and children and, the other hand, the essential aspects of the debate on the constituent elements of the doctrine of integral protection, as the theoretical basis guiding public policies for children in Brazil. Throughout the discussions, we seek to demonstrate how the objectives of the ECA appear polarized mainly around the two logics, sometimes tend to the integral protection, sometimes in the irregular situation, pointing out how the evolution of the theme is influenced by historical and cultural conditions prevailing. It also seeks to analyze how this ambiguity tends in practice to give rise to predominance of irregular situation perspective, though inserted in strategic nature protective and preventive, which demonstrates that the paradigm of protection of children is not totally unambiguous and this way, you can find a different ways of intervention projects, with more or less emphasis in protect or construct the emancipation , who shows how the profound transformations that are in legal norms need to overcome the purely formal legal plan, relying on the principles and practices to achieve the socio-cultural in Brazil.

Keywords: Human Rights of Children and Adolescents. Doctrine of integral protection. Ambiguities.

Uma política criminal para adolescentes

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. Vem estribado seja por fenômenos como das *Maras* na América Central, seja pela proliferação do tráfico de entorpecentes com o recrutamento de crianças e adolescentes, do México à Argentina. 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.

A questão relativa ao estudo do Direito da Criança deve ser focada em face do conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, cuja dimensão subjetiva determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si. Assim trata-se de um conjunto de regras de Direitos Humanos Especiais, de Crianças e Adolescentes, e somente nessa perspectiva pode ser concebida uma Política Criminal para Adolescentes, máxime em países signatários da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança.

Como marco inicial dessa abordagem, a propósito de Política Criminal para Adolescentes, como adverte Tiffer (2011), há que se afirmar que chamar de criança o destinatário da norma não significa dar-lhe um tratamento paternalista ou licencioso. Trata-se da operacionalidade de um conceito jurídico de âmbito internacional, uma vez que tal conceito deriva de uma norma internacional que assim define aqueles menores de dezoito anos. É o que estabelece a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança.

Visando a se compreender a existência de uma Política Criminal para Adolescentes e ideologia que a norteia, situando o estudo do direito da criança no conjunto dos Direitos Fundamentais, abordando a trajetória deste Direito na normativa internacional, analisando a questão da responsabilidade penal dos menores de idade, Mendez (2000) enumera que, do ponto de vista do Direito, é possível dividir a história do direito juvenil em três etapas:

- a) de caráter penal indiferenciado;
- b) de caráter tutelar;
- c) de caráter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o Direito da Infância e Juventude na América Latina se faz 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 se caracteriza por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de liberdade por pouco menos tempo

que os adultos e a mais absoluta promiscuidade, na medida em que 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. As novas idéias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores.

Na crítica que faz, ensina Mendez (2000):

“... uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, constitui 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 de 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 desejo de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, quando ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitas regiões”.

Cabe destacar que essa segunda etapa, o modelo tutelar, embora formalmente vencida pela ratificação dos termos da Convenção dos Direitos da Criança, ainda subsiste em muitos países latino-americanos, travestida ou não. Tiffer (2011) realça que no modelo tutelar o problema não era tão somente que produzia impunidade, mas também, se não especialmente, arbitrariedade. Efetivamente, esse modelo se caracterizou por resultar em uma grande quantidade de crianças e adolescentes (menores) em privação de liberdade, menores que em sentido estrito não haviam cometido nenhum tipo de delito, mas que apenas se tratavam de crianças e adolescentes em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, o modelo tutelar que configurou essa segunda etapa, não apenas produzia impunidade como também, e especialmente, produzia uma repressão indiscriminada contra crianças e adolescentes em condição de desvantagem social.

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:

O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso, e progressivamente, numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança (MENDEZ, 2000).

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90.

Antônio Carlos Gomes da Costa, desde os primeiros dias de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual foi um dos principais construtores, sentenciava que a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da Constituição Federal, cuja regulamentação desembocou no Estatuto, promoveu uma completa metamorfose no Direito da Criança no País, introduzindo um novo paradigma, levando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos.

Nestas condições somente será possível afirmar, com idoneidade, que uma Política Criminal séria em face de Adolescentes autores de atos infracionais, em face da delinquência juvenil, somente pode ser concebida se vier esta embebida em sua formulação dos preceitos estabelecidos pelas Regras das Nações Unidas que regulamentam a matéria, em especial pela Convenção dos Direitos da Criança.

Do contrário, o que se tem visto em alguns países de nosso continente, é a reedição do velho travestido de novo, a encorajar os movimentos pela redução da idade penal, a partir de uma suposta e falaciosa incapacidade do sistema de responsabilidade penal juvenil.

Elementos para um conceito de Direito Penal de Adolescente

O Sistema Penal de Adolescente, fundado em um Direito Penal para Adolescente ou um Direito Penal Juvenil, é um sistema de justiça criminal em que se estendem os direitos e garantias do devido processo legal para os adolescentes que são acusados de ter participado ou efetivado a prática de um tipo penal.

Os elementos fundamentais que caracterizam e distinguem este direito penal do adolescente é o propósito educativo e restaurador da sanção socioeducativa, que, primeiro, permite a reparação de danos em qualquer fase do procedimento e, conseqüentemente, o arquivamento do caso e, segundo, propõe respostas menos restritivas possíveis a direitos na imposição do leque de sanções que disponibiliza.

Nesse sistema, a privação da liberdade opera como *ultima ratio*, o último recurso, e somente aplicável por delitos muito graves, como mecanismo de defesa social.

Couso (2009) formula as teses que fundamentam um modelo diferenciado de responsabilidade penal do adolescente:

- a) o direito penal seria a *ultima ratio*, de modo que o adolescente deve ser mantido em espaço social, evitando contato com a justiça e suas instituições, mormente a de natureza penal. Portanto, a penalização é a última solução e só deve ser aplicada a situações em que outra esfera do direito não pode solucionar;
- b) A despenalização orientada para a socialização, significando que os casos devem ser encaminhados para serviços sociais ou de proteção da infância e da família ou de terapia, quando necessário, porquanto o cometimento de delitos pelos adolescentes é episódico, possibilitando a superação sem intervenção institucional, por remissão viabilizada na forma de lei (a ideia da remissão simples, sem qualquer sanção, pre- processual);
- c) A terceira tese parte do ideal socializador, atribuindo-se, no direito penal de adolescentes, grande importância ao princípio educativo e socializador. Também tem caráter despenalizador ou limitador da sanção, pois parte da premissa de que a prevenção especial deve ser admitida como sendo meio de socialização ou ressocialização do adolescente, sendo os fins preventivo-especiais o mais importante aspecto a ser considerado no direito penal do adolescente;
- d) A quarta tese relaciona-se à necessidade de oferecer ao adolescente autor de ato infracional possibilidade real de reeducação e ao imperativo de individualização da sanção, conforme histórico pessoal, familiar e social, sempre visando a atender o princípio educativo. A individualização da sanção socioeducativo é marco fundante do conceito introduzido pela Lei 12.594/2012 na ordem jurídica interna brasileira, complementando disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- e) Este princípio educativo não permite aplicação de qualquer sanção ao adolescente autor de ato infracional, pois se trata de limite para a intervenção penal, de modo que sua ressocialização deve ser obtida através do processo de conciliação entre autor e vítima, acompanhado de uma reparação material ou simbólica;
- f) Por fim, a sexta tese suscitada por Couso (2009) refere à execução da sanção imposta, pois, sob este aspecto, o adolescente deve ter

uma regulação mais benigna. Ou seja, o preceito central é de que, em nenhuma circunstância o adolescente receberá um tratamento mais gravoso, do ponto de vista da resposta Estatal a sua conduta infracional, do que receberia se maior de dezoito anos. Também nesse sentido a Lei brasileira, 12.594, foi explícita.

Desse modo, a resposta estatal preconizada por este Direito Penal Juvenil ou Adolescente, embora negativa para o sancionado como intervenção do Estado no âmbito de sua liberdade individual independentemente de seu consentimento, como destaca Shecaira (2008), deve se moldurar, na lição de Couso (2006), a uma forma quantitativa e qualitativa distinta dos adultos (Direito a um tratamento penal distinto - art. 3.1 das Regras de Beijing e art. 43 das Diretrizes de Riad).

Ou seja:

- a) Quantitativamente: as sanções devem ser menos severas;
- b) Qualitativamente: o sistema de resposta deve prestar a atenção à necessidade de desenvolvimento e os direitos humanos especiais dessa faixa da população.

Como corolário do princípio educativo orientador deste Direito Penal de Adolescente, o autor lista as seguintes conclusões, como ordem de prioridade de acionamento dos mecanismos disponibilizados pelo Sistema Penal de Adolescentes:

- primeira opção: arquivar o processo, deixando de intervir para não entorpecer ou colocar em risco o processo de socialização da criança ou adolescente;
- segunda opção: arquivar o processo na justiça juvenil e encaminhar o caso para serviços sociais regulares e de proteção (ou terapia) da infância e da família quando o adolescente tiver necessidades educacionais e de socialização não satisfeitas que exijam alguma intervenção institucional, que jamais poderá ser uma sanção camuflada;
- terceira opção: buscar um entendimento entre o adolescente autor e a vítima que conduza, conforme o caso, a uma reparação;
- quarta opção: impor uma medida ou sanção em meio aberto orientada para reduzir a possibilidade de um comportamento delitivo no futuro;
- quinta opção (como “último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”): impor uma sanção privativa de liberdade em condições privilegiadas em relação às aplicadas em outros centros, colocando-se, desde o primeiro momento, a possibilidade de se reduzir o seu impacto negativo sobre a socialização por meio de benefícios penitenciários.

Do ponto de vista da ordem constitucional brasileira, um dos fundamentos a orientar a distinção de um modelo de Direito Penal de Adolescente ou de um Direito Penal Juvenil repousa no princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, explícito no artigo 227, § 3º, V da Constituição Federal.

Nesse sentido, a notável contribuição ao estudo do Direito Penal Juvenil trazido por Sposato (2006), em que realça que a existência de uma legislação e jurisdição especiais relacionadas à infância e à juventude decorre dos princípios previstos na Constituição Federal, na Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro, que exigem um sistema diferenciado de atendimento e tratamento multidisciplinar em relação à problemática que envolve o adolescente em conflito com a lei, aplicando-lhe medida de natureza principalmente pedagógica, com o escopo de lhe oferecer condições efetivas para a superação daquela vivência infracional e vulnerabilidade social.

Ao enumerar os princípios norteadores deste ramo especializado do Direito que constitui o Direito Penal Juvenil, destaca a autora:

- A. Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (que possui interface com a inimputabilidade): o estágio especial de desenvolvimento não implica total desresponsabilização e sim níveis diferenciados de responsabilidade. Logo, a inimputabilidade não significa irresponsabilidade, mas responsabilidade perante uma legislação especial que observa sua condição peculiar;
- B. Princípio do melhor interesse do adolescente: tem por finalidade atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. O direito penal juvenil deve ser subsidiário e reduzido à menor intervenção possível (intervenção mínima).

Não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: O Direito Penal Juvenil

Estabelecidos estes elementos fundamentais, há que se ter em vista que a inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da Constituição Federal, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

Amaral e Silva (1998), ainda na última década do século passado, clamando por uma lei de execução das medidas socioeducativas no Brasil, já fazia a reflexão de que pena e sanção são conceitos que têm a mesma sede no Poder de Império do Estado. Daí, as sanções administrativas, advertências, suspensão etc. são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas etc. são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante.

A partir de seu preceito educativo e socializador, fundado no princípio da reserva legal e nos elementos fundamentais de um modelo de garantismo penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu no Brasil um Direito Penal Juvenil ou um Direito Penal de Adolescente. Assim o é

definido nos países onde houve a recepção séria e comprometida em seus sistemas legislativos dos preceitos da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas e do conjunto normativo internacional que a fundamenta. Assim, também, no Brasil.

Relativamente ao Direito Comparado, em matéria de Direito Penal Juvenil, faz-se notável a contribuição de Shecaira (2008) ao estudo do tema, introduzindo a discussão definitivamente no mundo do Direito Penal, como sistema de garantias.

A obra de Shecaira (2008), referindo doutrina de Vásquez Gonzáles (2005), oportuniza uma visão tanto da realidade latino-americana, quanto, especialmente, a europeia. Shecaira (2008) conclui que as normas que regulam a responsabilidade penal dos adolescentes pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem sanções aos autores da infração. Arrematando, a medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção.

O aprimoramento deste sistema deve ser sempre produzido na linha do garantismo e, embora tenha deixado a desejar no detalhamento da regulamentação dos procedimentos, foi nesse sentido que avançou a Lei 12.594/2012, lei de execução das medidas socioeducativas.

Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo. Que a existência da norma traz segurança e afirma o direito. A ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Mendez (2000), citando Luigi Ferrajoli: “a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras sempre é a regra do mais forte”.

No caso dos adolescentes autores de delitos, a responsabilização se dá a partir dos doze anos, o que empresta um caráter quase draconiano à nossa Lei, em cotejo com os demais países em cuja maioria a idade de responsabilização se dá aos quatorze.

É certo que o sistema socioeducativo, relativo às sanções a que se sujeitam esses adolescentes, carece de efetividade. Programas de Meio Aberto ainda são poucos e muitos ineficientes, a reclamar urgentes providências. A ideia de sua execução através dos CREAS, em especial por conta da notável capilaridade deste sistema no âmbito dos municípios brasileiros, ainda é um porvir do ponto de vista da eficácia e efetividade, a reclamar a especialização destes atores e destes serviços. Esta passa pela necessária compreensão do que são essas sanções, no que se distinguem das penas aplicáveis aos maiores de dezoito anos e quais suas convergências. Também é preciso superar, nessa mudança cultural, o paradigma da ambigüidade, do que o velho sistema era pródigo, em especial visando a não reproduzir no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente as nefastas práticas do tempo do Código de Menores e suas instituições totais, que não distinguiam vitimizados de vitimizadores.

No que respeita às medidas socioeducativas, como penalidades, com finalidade pedagógica, como destaca Konzen (2005); cumpre retomar a

analogia entre o sutiã, a calcinha e o biquíni. Se em um dia de sol, em um condomínio, uma dona de casa resolver cortar a grama de sua casa, de calcinhas e de sutiã, causará escândalo. Se estiver de biquíni, provavelmente não. É o conceito. A finalidade. A calcinha e o sutiã são roupas de baixo. O biquíni é roupa de banho. E há calcinhas e sutiãs que vestem mais do que muitos biquínis. Assim, de certa maneira, a medida socioeducativa e a pena.

No caso do adolescente autor de infração, o primeiro tema ainda a ser superado diz com a responsabilização desse sujeito e a efetivação do modelo proposto pela Lei. Nesse caso, desde que superada a questão e entendido o modelo de responsabilização juvenil que o Estatuto introduziu, faz-se razoável, e até recomendável, que se busque o aprimoramento da norma e a qualificação de seus operadores, notadamente a qualificação da defesa técnica, aproveitando-se da experiência acumulada nesses anos para avaliarmos os acertos e os erros, por ação e por omissão.

Por fim, cumpre dizer que a autonomia do Direito da Criança, sustentada para afastar a idéia de um Direito Penal Juvenil, acaba produzindo e contribuindo para reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina Tutelar, da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política de bem-estar de menores, de triste experiência nestes brasis.

Os argumentos que são utilizados não têm o condão de desfazer o sentido da afirmativa de o Estatuto da Criança e do Adolescente haver consagrado um sistema de responsabilidade penal juvenil, integrado em um sistema de justiça, em um sistema normativo, cuja validade e eficácia somente pode ser reconhecida a partir de seu assento constitucional. Em verdade o afirma.

O Princípio da Prioridade Absoluta afirmado no art. 227 da Constituição Federal, em última análise, como corolário do paradigma da proteção integral, ao lado de um conjunto princípios constitucionais assecuratórios do Direito da Criança, resulta no que Martha Toledo (2003) resume como princípios constitucionais especiais do sistema de responsabilização penal juvenil, listados por aquela: Princípio da Reserva Legal; Princípio da Culpabilidade; Princípio da inimputabilidade penal; Princípio da excepcionalidade na privação de liberdade; Princípio da brevidade na privação de liberdade; Princípio do Contraditório ; Princípio da Ampla Defesa. É neste conjunto de Direitos e Garantias que se identifica a idéia de um Direito Penal Juvenil, em um universo de valores que desconstrói o paradigma da incapacidade para reconhecer o adolescente em sua condição de sujeito de direitos, com responsabilidade penal juvenil. O Princípio do Superior Interesse da Criança, já tratado neste trabalho, somente pode ser compreendido quando submetido àqueles. Isso não faz o Direito da Criança autônomo da Ordem Constitucional e Normativa, ao contrário, submete-o àquela, como dimensão única de sua eficácia e legitimação.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista. Isso se extrai da ordem constitucional, da normativa internacional, dos preceitos do direito penal.

Direito Penal este, que será juvenil, porque especial, distinto, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, com um *plus* de garantias que disso decorre, norteados por seus princípios educativo e ressocializador.

Responsabilidade penal de adolescente

A ideia de um sistema de responsabilidade penal juvenil se afirma por conta da perspectiva de se constituir em uma imposição sem consentimento do afetado, uma intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo, como asseverado por Shecaira (2008), sem prejuízo da finalidade pedagógica que a medida socioeducativa persegue.

Na dimensão desta intervenção se constitui um mal, um mal necessário, em casos extremos (princípio da necessidade), erigido no interesse da sociedade. Esse mal, cujo efeito negativo pode se mitigar e efetivamente se reverter em favor do sancionado.

Mário Volpi (2001), Oficial de Programas do UNICEF para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade tendo ouvido 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), afirma:

A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambiguidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ela seja.

Não há dúvida, porém, em face de seu caráter sancionatório, que a Medida Socioeducativa tem inegável carga aflitiva, permanecendo absolutamente contemporâneo o conteúdo do Acórdão lançado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no *Habeas Corpus* originário do Estado do Paraná, RE 285571, em 13 de fevereiro de 2001, em que Ministério Público e Defesa convergiram com a ideia de que o adolescente necessitava de uma internação e o júízo acolheu esse consenso. Do acórdão se extrai:

A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida socioeducativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender – além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade.

Se no Direito Penal para adultos a ideia de Carnellutti fica no plano da mera curiosidade, como destacou o grande jurista mineiro em sua decisão, no plano da responsabilização de adolescentes por sua conduta infratora, aparentemente continua operando com muita eficácia na consciência de muitos atores do sistema, impregnados pela cultura tutelar, a ignorar a Constituição Federal, a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, operando o Estatuto com uma lógica menorista - entendendo-se aqui menorista como aqueles que se fundam na doutrina tutelar.

A ideia, de um Direito Penal de Adolescente, ou um Direito Penal Juvenil, expressa especialmente nos arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, é de estabelecer limites ao Poder Estatal em face a conduta do adolescente a que se atribua a prática de ato infracional, definido e limitado pelo rigoroso respeito ao Princípio da Legalidade, da tipicidade da conduta (art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A grande distinção entre um modelo legal orientado por esta ideologia em antagonismo ao vetusto modelo tutelar reside exatamente nessa perspectiva, de lide. De conflito de interesses, entre liberdade x poder estatal. No velho modelo tutelar, oposto ao conceito de um Direito Penal de adolescente, não há conflito, não há parte, como adverte Frasseto (2002). Todos operam no consenso, na construção do bem. É o império da discricionariedade absoluta, que o Direito Penal de Adolescente busca limitar e combater.

Este Direito Penal de Adolescente, esse conjunto de limites, fica expresso em dispositivos como o referido art. 103 do Estatuto, consagrando o Princípio da Legalidade, do art. 104 da mesma Lei, em harmonia com o preceito constitucional do art. 228 da Constituição Federal, estabelecendo o limite da imputabilidade penal, sujeitando os adolescentes às normas da legislação especial, o Estatuto, com regras de um Direito Penal de Adolescente, orientado pelo princípio educativo.

Confirma-se na enunciação dos Direitos Individuais explicitados nos arts. 106 a 109 do Estatuto, nas Garantias Processuais elencadas nos arts. 110 e 111, e no conjunto de regras que estabelece, como aquelas relativas aos critérios de determinação das sanções socioeducativas (arts. 112, § 1º; 122 e 100, do Estatuto, ou ainda aqueles outros trazidos pela Lei 12.594, em especial quando enumera os objetivos das Medidas Socioeducativas em seu art. 1º, § 2º, ou nos princípios que enumera em seu art. 35).

A perspectiva de todo o sistema repousa no reconhecimento do adolescente como sujeito de direitos. Ou seja, o sistema reconhece o sancionado em seu status de sujeito de direitos, em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. É a operacionalidade do chamado Princípio da Autonomia Progressiva, que se expressa na Convenção dos Direitos da Criança, que reconhece aquela a conquista progressiva de direitos a serem exercidos diretamente, como o de ser ouvido e sua palavra devidamente considerada, magnificamente retratado no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança.

A propósito de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, rompendo com o paradigma da incapacidade que norteava a doutrina tutelar e justificava tudo em nome do interesse do menor que habitava a mente do

adulto, basta a forma como o Estatuto da Criança e do Adolescente trata o tema das autorizações de viagens, com possibilidades de deslocamentos dentro do território nacional sem autorização a adolescentes e a crianças nos limites do município.

Emblemático, porém, é o tema da adoção, quando o ato jurídico somente se perfectibiliza e se vê condicionado ao consentimento do adolescente, em se tratando de adotando com doze anos de idade ou mais. Assim que incapaz é este cuja manifestação pessoal é condicionante da efetivação do ato judicial e sem seu consentimento não se realiza? Que incapaz seria este que desde o doze anos de idade pode se ver privado de liberdade por decisão judicial em face de conduta infracional? Assim, afirmado o protagonismo do adolescente, sujeito de direitos, faz-se ele sujeito de responsabilidade, penal adolescente ou penal juvenil.

O mal imposto, a supressão ou limitação de sua liberdade, permanecem sujeitos a limites e garantias nessa ordem legal, observando limites como legalidade, jurisdicionalidade, intervenção mínima, culpabilidade (aqui entendido a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude), proporcionalidade, etc. Como destaca Couso (2006), a resposta estatal à conduta infratora expressa na Medida Socioeducativa deve moldura-se de uma forma quantitativa e qualitativa distinta da dos adultos, resultante do direito a um tratamento penal distinto (Art. 3.1 das Regras de Beijing e 43 das Diretrizes de Riad).

Assim, quantitativamente as sanções socioeducativas devem ser menos severas e qualitativamente o sistema de resposta deve prestar atenção à necessidade de desenvolvimento e os direitos humanos especiais deste segmento da sociedade.

Daí a importância do manejo do art. 112, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, também dos objetivos perseguidos pela Medida Socioeducativa enumerados no art. 1º da Lei 12.594/2012.

Objetivo político - criminal de um sistema penal de adolescentes em face da Convenção dos Direitos da Criança

Induvidosamente, o tema da violência urbana, por conta das características de desenvolvimento da contemporaneidade, tem pautado a ação dos governantes. Os desafios do século XXI da pós-modernidade e da própria democracia, com o flerte com soluções totalitárias, naquilo que Todorov destaca como a alarmante derrocada dos valores democráticos sob um "novo" discurso, que acaba por restringir as liberdades individuais.

Nesse contexto os Direitos Humanos Especiais de Crianças e Adolescentes têm ainda maior relevância, especialmente quando se busca construir um sistema apto a reagir frente aos graves conflitos decorrentes da prática de atos infracionais por parte de adolescentes, em especial visando a combater a simplista e sempre invocada pretensão de redução da idade penal e ao

tratamento como adulto de maneira a cada dia mais precoce, na contramão dos preceitos da Convenção dos direitos da Criança.

Assim o Sistema de um Direito Penal para Adolescentes, leva em conta aspectos como sanção, prevenção e proteção do interesse da vítima. Aqui, a ideia de um modelo de justiça restaurativa, presente na proposta, se afirma na medida em que um sistema de responsabilidade penal adolescente se mostra efetivo e eficaz. Em certa medida, no plano das garantias e limites ao poder sancionador do Estado, há uma aproximação entre direito penal juvenil e direito penal de adultos, porém não a ponto de não se estabelecer a suficiente distancia para compor a diferença. As sanções se fundamentam em uma finalidade educativa. Porém, como já visto, como intervenção na esfera da liberdade individual do cidadão adolescente, a sanção tem uma conotação negativa, em certa dimensão.

Este Direito Penal para Adolescente ou Juvenil se afirma, em um Estado Democrático de Direito, como mecanismo de defesa social, quando se faz apto a impor limites garantindo a intervenção punitiva sobre os adolescentes, com estrita observância da legalidade, do conjunto das sanções definidas em lei e da jurisdicionalidade de sua atuação, presidido sempre pelo princípio da intervenção mínima, levando em conta valores como lesividade, necessidade, proporcionalidade, etc.

O traço norteador desta atuação do Estado repousa no Princípio da Especialidade, como Princípio Especial, um *plus* face aos adolescentes. Daí a possibilidade de construção de uma resposta qualitativa diferente, norteando-se pelo princípio educativo e considerando valores fundamentais como dignidade da pessoa humana, em especial adolescentes como titulares de direitos humanos especiais; respeito ao direito de terceiros, intervenção social, etc.

O princípio educativo junto com o interesse superior e a proteção integral formam o fundamento do novo direito. O princípio educativo deve procurar ter vigência durante todo o processo penal juvenil. Nas etapas de conhecimento e execução.

O princípio educativo imprime uma característica fundamental e diferenciada deste Direito Penal para Adolescentes, ou Juvenil. Um *plus* em face do Direito Penal. Este *plus* que configura este Direito Penal para Adolescente, se faz capaz de oferecer a resposta de segurança cidadã que a sociedade espera. Visa a alcançar esta meta construindo soluções sancionatórias menos impactantes, reservando a privação de liberdade para *ultima ratio* do sistema, enfatizando as medidas de Meio Aberto.

Daí a importância estratégica fundamental que a Rede de Execução dos Programas de Meio Aberto se faça operacional e efetiva, e não apenas retórica, a produzir estatística. Uma questão que se impõe é qual o papel, qual a contribuição deste sistema à segurança do cidadão, como reação do Estado em face de delitos praticados por adolescentes.

Daí a necessidade de uma resposta pública capaz de (re) estabelecer a confiança no Direito, despedaçado pelo delito. Retomando as lições de Couso (2009 e 2006), trata-se novamente de superar as crises de confiança

cognitiva e de confiança normativa. Confiança cognitiva que resulta da percepção de que as proibições penais serão respeitadas, no plano da prevenção primária e secundária. Já a confiança normativa, resultante da percepção de que se não forem respeitadas as proibições penais a Autoridade Constituída reagirá frente ao infrator, ou seja, a efetividade do sistema.

Há que se ter em mente que a necessidade de uma retribuição punitiva, se uma sanção, para restabelecimento da confiança normativa abalada muitas vezes se reduz e até desaparece, a justificar a construção de um modelo restaurativo. Enfim, a ideia é construir um sistema penal mínimo de adolescente, ao optar por segurança cognitiva (inserção social) para delitos leves e menos graves, mas mantendo uma resposta sancionatória forte para restabelecer a confiança normativa nos casos graves, especialmente se fracassar a possibilidade restaurativa.

Referências

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O mito da Inimputabilidade Penal do Adolescente. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. V. 5, Florianópolis: AMC, 1998.

ARMJO, Gilbert. **Manual de Derecho Procesal Penal Juveni**. San José - Costa Rica: IJSA, 1998.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal. In **Justicia y Derechos Del Niño**, nº 3, UNICEF. Buenos Aires, 2001.

COUSO SALAS, Jaime. La Política criminal para Adolescentes y La Ley 20.084. In. **Justicia y Derechos del Niño**. Número 11. UNICEF: Santiago de Chile, Oct/2009.

_____, Jaime. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil, in **Justicia y Derechos del Niño**. Número 8. UNICEF: Santiago de Chile, Nov/2006.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De Menor à Cidadão: Notas para uma história do Novo Direito da Infância e da Juventude no Brasil**. Brasília: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato infracional, medida socioeducativa e processo: A nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2002. Disponível em: www.defensoria.sp.gov.br/

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade Penal: Um debate Latino Americano**. Porto Alegre: AJURIS, ESMPRS, FESDEPRS, 2000.

_____. **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.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id114.htm>.

MOTTA COSTA, Ana Paula. **Os adolescentes e seus Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PLATT, Antony. **Los Salvadores Del Niño, o la invención de la Delincuencia**. México: Siglo XXI, 1982.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **A Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: Visões de um neoconstitucionalismo aplicado**. Salvador, "mimeo", 2012.

_____. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT, 2006.

TIFFER, Carlos. **Ley de Justicia Penal Juvenil: comentada y concordada**. 3ª ed. San José, C.R. : Editorial Jurídica Continental, 2011.

TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2012.

TOLEDO, Martha Machado. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

VAZQUEZ GONZÁLES, Carlos. **Derecho Penal Juvenil Europeo**. Madrid: Dykinson, 2005.

VOLPI, Mário. **Sem Liberdade, Sem Direitos**. São Paulo: Cortez, 2001.