

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

NAYARA ALINE SCHMITT AZEVEDO

ENTRE O MODELO MENORISTA E O MODELO PROTETIVO:
a identidade da atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas
no Brasil contemporâneo

Florianópolis

2013

NAYARA ALINE SCHMITT AZEVEDO

ENTRE O MODELO MENORISTA E O MODELO PROTETIVO:
a identidade da atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas
no Brasil contemporâneo

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade.

Coorientadora: Ma. Brigitte Remor de Souza May.

Florianópolis

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada **""Entre o modelo menorista e o modelo protetivo: a identidade da atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas no Brasil contemporâneo""**, elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Nayara Aline Schmitt Azevedo**, defendida em **05/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013



Vera Regina Pereira de Andrade
Professor(a) Orientador(a)



Eduardo Granzotto Mello
Membro de Banca



Jackson Silva Leal
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e por tudo, agradeço à minha família. À minha avó Irene, por ter permitido que o sonho de sair de casa e estudar na UFSC se tornasse realidade. Aos meus pais, por terem sempre acreditado, ao longo de cinco anos de distância, telefonemas, esperas em rodoviárias e saudades, que valia à pena lutar por esse sonho e, em especial, à minha mãe, não só a confidente de todas as horas, mas meu maior exemplo de força e de ternura. Também agradeço à minha irmã, que decidiu sonhar junto comigo, passou no vestibular e tornou meu último ano de graduação mais barulhento, festivo, intenso e, infinitamente, mais bonito.

Nem todos os interurbanos, porém, teriam sido, sozinhos, suficientes para dar conta dos meus dramas diários de universitária. Minha sorte foi ter encontrado em Florianópolis um segundo lar naquele que talvez pudesse ter sido meu namorado, mas que se tornou alguém muito mais especial: meu irmão. Ao Tafa, por termos inventado juntos a tradição do macarrão com carne moída para o almoço de sábado; pelas noites de cinema em casa; pela tentativa de conhecer comigo todas as 42 praias da cidade e por ser, mesmo agora, do outro lado do Atlântico, meu melhor amigo, muito obrigada.

Tampouco poderia deixar de agradecer à Sara. Se nem sempre pudemos nos encontrar com a frequência que gostaríamos, mantivemos, por mais cinco anos, uma amizade que já suportou, por tantas vezes, os limites da distância física, das diferenças pessoais e de silêncios involuntários. Cheguei à conclusão de que as coisas só funcionam assim porque ambas sabemos que, aos 90 anos, ainda seremos amigas, teremos um telescópio e observaremos, juntas, as estrelas.

Mas Floripa não foi apenas saudade.

Vinícius de Moraes dizia que a gente não faz amigos, reconhece-os. E, se, às vezes, não parecia fazer muito sentido frequentar determinadas aulas da graduação, ao menos pude compartilhá-las com os grandes amigos que reconheci. Por isso, à Elise, à Flávia e à Jé – parceiras de trabalho, praia, festas e afins – muito obrigada! Quem sabe ainda chegue o tempo em que nosso escritório de advocacia saia do papel. Agradeço também ao Bruno, ao Gui e ao Lucas Quirino, respectivamente, assessores 24h para assuntos acadêmicos, informáticos e musicais. Sem vocês, tudo teria sido muito chato.

Há também os amigos que, por um motivo ou outro, decidiram seguir caminhos diferentes. Agradeço ao Caio e à Cíntia, que me convidaram para a festa de casamento mais legal a que eu já fui, com direito a cupcakes do Senhor dos Anéis, e ao Lucas Zomignani, que

se sentou ao meu lado na apresentação da reitoria no primeiro dia de aula e, desde então, já foi companhia em filas para espetáculos, em danças esdrúxulas e jogos de twister. Precisamos repetir isso! Também agradeço ao Mau, que teve a imensa coragem de abandonar o curso na sétima fase e decidiu ser feliz fazendo Medicina na UFRJ. Por todas as conversas que tivemos e planos que compartilhamos, muito obrigada!

Agradeço ainda aos colegas que fiz no movimento estudantil e que, desde aquela primeira reunião em um dia qualquer do final de agosto de 2011, contribuíram para que eu, aos poucos, construísse um caminho irreversível: não pude mais compreender minha formação acadêmica dissociada de minha atuação política. Foi assim que eu superei a tal crise da 4ª fase e fui parar na festa de apuração mais bonita da cidade. Naquela eleição do CAXIF, “Uma flor nasceu na rua” do CCJ. Àqueles que construíram comigo a gestão Primavera nos Dentes e, em especial, à Glen, ao Murilo e ao Sartoti, muito obrigada! As horas de sono perdidas só valeram a pena porque vocês estavam lá também.

O caminho que construí no Direito tampouco teria sido o mesmo se não fosse pela Marina, primeira orientadora extraoficial de pesquisa, e pelo SAJU. Agradeço imensamente à Vana, ao Diogo e a todos que acreditaram e acreditam que os muros visíveis e invisíveis que circundam o campus devem ser rompidos por meio de uma extensão que se pautem pela emancipação popular, a fim de que a universidade efetivamente cumpra seu papel de refletir sobre os problemas locais e nacionais e de neles intervir.

Foi nessa trajetória que eu também encontrei parte de mim na Bruninha, na Carla e na Re. Há, inclusive, uma palavra indígena que consegue traduzir isso muito melhor do que eu: *txai*. Significa encontrar em outra pessoa uma metade da gente mesmo. Não sei bem ao certo em que momento percebi que tinha em cada uma de vocês alguém pra vida inteira. Só sei que foi assim. Buh, por todos os bares, cafés e buffets de sopa que fechamos; Carlinda, por todas as vezes em que você me deu colo e disse exatamente aquilo que eu precisava ouvir; Re, por todo o carinho, todas as caronas e todos os itens do meu currículo Lattes, muito obrigada!

É preciso dizer ainda que este trabalho provavelmente não teria o tema que tem se, em julho de 2011, eu não tivesse sido indicada pelo Lucas Censi a uma vaga de estágio na assessoria da Dra. Brigitte, juíza titular da Vara da Infância e da Juventude da Capital e minha coorientadora, com quem aprendi lições para a vida inteira e em quem sempre encontrei apoio para projetos de artigos, TCC e mestrado, além de carinho. Tampouco poderia deixar de agradecer ao Álvaro – cuja amizade permitiu que eu tivesse acesso aos clássicos menoristas e protetivos na biblioteca do Tribunal de Justiça – e à Juni, meu exemplo de assessora e que, de

chefe, se tornou amiga. Obrigada por ter feito do meu estágio uma experiência incrível, com direito a festa de aniversário temática e concursos de culinária.

Agradeço também ao Dr. Ênio, que achou que eu dava conta de um cargo de assessoria e que permitiu que eu flexibilizasse meus horários de acordo com as demandas tceecianas. Muito obrigada por todo o auxílio e todas as Nhá bentas! Isso, porém, ainda teria sido insuficiente se não pudesse contar com a ajuda e dedicação sem fins da Domi e da Isa, melhores estagiárias do universo.

Agradeço ainda ao Marcel e à Ju, por todo o suporte e compreensão em tempos de preparação para o mestrado e ao Eduardo, que conseguiu enxergar no meu projeto de TCC aquilo que nem eu mesma via.

Finalmente, agradeço à minha orientadora, professora Vera, que me deu o suporte de que eu precisei para elaborar o projeto e escrever este trabalho de conclusão de curso e que foi extremamente compreensiva quando eu não consegui cumprir os prazos, procurando ainda me tranquilizar e impor um basta ao meu perfeccionismo. Muito obrigada por ter acreditado em mim!

E eles se esqueceram que não eram iguais às demais crianças, esqueceram que não tinham lar, nem pai, nem mãe, que viviam de furto como homens, que eram temidos na cidade como ladrões. Esqueceram as palavras da velha de Iorçnon. Esqueceram tudo e foram iguais a todas as crianças, cavalgando os ginetes do carrossel, girando com as luzes. (Jorge Amado em “Capitães da Areia”)

RESUMO

Este trabalho pretende identificar os elementos que caracterizam a atuação jurisdicional na aplicação das medidas socioeducativas a adolescentes a quem se imputa a prática de atos infracionais no Brasil contemporâneo. Para tanto, apresentam-se, primeiramente, as características centrais do modelo de atuação jurisdicional que vigorava no país sob a égide dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, aqui denominado de modelo menorista, bem como do modelo protetivo, que se coloca como uma ruptura em relação à sistemática que o antecedeu e tem sua inserção no ordenamento jurídico pátrio formalmente indicada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidando-se por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, pela Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e passou a regular a execução das medidas socioeducativas. Em cada modelo, aborda-se o sujeito a quem ele se destina e que, ao praticar uma infração contra a ordem penal, é submetido à intervenção do Estado, bem como alguns aspectos da tutela jurisdicional, tendo como foco os critérios para a aplicação da medida estatal, sua finalidade e interlocução de cada modelo com o Direito Penal. Para ambas as categorias de análise, emprega-se, como metodologia, o estudo das disposições legais e dos discursos interpretativos que elas ensejaram, seja por parte do menorismo, seja pela socioeducação. A partir disso, o objetivo principal do trabalho é a verificação, utilizando-se do marco teórico da Criminologia crítica, de eventuais permanências menoristas na atualidade do controle social formal exercido sobre adolescentes em conflito com a lei, somando-se à abordagem a ilustração dessas permanências em decisões dos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: atuação jurisdicional; medidas socioeducativas; modelo menorista; modelo protetivo; Criminologia crítica.

ABSTRACT

This work aims to identify the factors which characterize the judicial role in the implementation of educational measures to teens who imputes the practice of illegal acts in contemporary Brazil . So, we have , firstly, the core characteristics of judicial action style that prevailed in the country under the aegis of Minor Codes 1927 and 1979 , here called menorista model as well as the protective model , which arises as a departure from the system that preceded it and has its insertion into the national legal system formally appointed by the promulgation of the Federal Constitution of 1988 , consolidating through the Statute of Children and Adolescents , and more recently , by Law No. 12.594/2012 , which created the National System of socio-Educational Services and began to regulate the implementation of educational measures . In each model, it addresses the subject to whom it is intended and that the practice a criminal offense against order, is subjected to state intervention , as well as some aspects of judicial review, focusing on the criteria for the application of State measure , its purpose and dialogue of each model with the Criminal Law . For both categories of analysis , is adopted as a methodology , the study of legal provisions and interpretive began talking they gave rise , either by the menorismo , either by socioeducation . From this, the main objective is to check , using the theoretical framework of Critical Criminology , possible Minorites stays today the formal social control over adolescents in conflict with the law , adding to approach illustration of these continuities in Brazilian courts ' decisions .

Keywords: judicial action; educational measures; menorista model; protective model, Critical Criminology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O MODELO MENORISTA	16
1.1. A construção da categoria do menor infrator	16
1.1.1. A ideologia higienista e o Código de Menores de 1927	16
1.1.2. O Serviço de Assistência ao Menor, a ideologia da segurança nacional e o Código de Menores de 1979	21
1.1.3. Depois da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente	26
1.2. Tutela jurisdicional do menor infrator	27
1.2.1. A maioria penal em tempos de menorismo	28
1.2.2. Conceito, finalidade e autonomia do Direito do Menor	31
1.2.3. As medidas aplicáveis ao menor.....	35
1.2.4. A imagem e os poderes do juiz de menores.....	42
2. O MODELO PROTETIVO	46
2.1. A doutrina da proteção integral	47
2.1.1. Crítica à doutrina da situação irregular como ponto de partida para a construção da doutrina da proteção integral	47
2.1.2. A recepção da doutrina da proteção integral pela Constituição Federal brasileira de 1988	52
2.1.3. A recepção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: considerações iniciais	56
2.2. Tutela jurisdicional do adolescente em conflito com a lei	60
2.2.1. Inimputabilidade penal	60
2.2.2. Direito da Criança e do Adolescente e suas hermenêuticas na seara infracional.....	63
2.2.3. Medidas socioeducativas	72
2.2.4. Atores do sistema de justiça da infância e da juventude	82
3. O MODELO HÍBRIDO: A IDENTIDADE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	87
3.1. Apresentação do referencial teórico externo: a Criminologia crítica como ponto de partida para a identificação do modelo híbrido	88
3.1.1. A ideologia da defesa social	88
3.1.2. As teorias criminológicas liberais contemporâneas.....	92
3.1.3. A Criminologia crítica	97

3.2. Entre o modelo menorista e o protetivo	98
3.2.1. O estereótipo de menor	99
3.2.2. Aplicação e finalidade da medida socioeducativa	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir a identidade do modelo de atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas no Brasil contemporâneo a partir da apresentação do modelo menorista, correspondente à época em que vigiam no ordenamento jurídico nacional os Códigos de Menores de 1927 e de 1979, bem como do modelo protetivo, cujo termo inicial é formalmente identificado na promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, proclamados como os instrumentos normativos que, ao prever a proteção integral de crianças e adolescentes – sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento – representaram ruptura em relação à sistemática anterior.

Tem-se como hipótese principal de trabalho a configuração de um modelo híbrido de atuação jurisdicional, no qual se articulariam elementos típicos do menorismo e da socioeducação em torno de duas categorias principais: o sujeito a quem se imputam atos infracionais e ao qual podem ser impostas medidas socioeducativas e a finalidade ou caráter dessas medidas. Busca-se demonstrar, quanto à primeira categoria, que permanece como critério orientador dos julgadores o estereótipo do menor infrator e, quanto à segunda, que as medidas socioeducativas ainda se pautam pelo objetivo da ressocialização.

Para tanto, adota-se como metodologia dos dois primeiros capítulos o estudo dos modelos menorista e protetivo com base nos principais instrumentos legais de cada um deles. Assim, enquanto na análise do modelo menorista, discutem-se principalmente as disposições dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, no modelo protetivo, têm lugar central os artigos 227 e 228 da Constituição Federal brasileira e as previsões da Lei nº 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda da Lei nº 12.594/2012, responsável pela organização do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e pela regulamentação dos processos de execução de medidas socioeducativas.

Soma-se a essa abordagem a apresentação dos discursos elaborados pelos intérpretes de cada um desses modelos, isto é, daqueles que, comumente, são agrupados sob a denominação de doutrina jurídica. Busca-se avaliar não só as interpretações que tais estudiosos – frequentemente também atores do sistema de justiça – elaboraram acerca de seus próprios modelos, mas também aquilo que a doutrina menorista produziu em reação ao Estatuto da Criança e do Adolescente e, por outro lado, como os hermeneutas da socioeducação consolidaram os postulados da proteção integral por meio de severa crítica à doutrina da situação irregular.

Há que se salientar ainda que a comprovação da hipótese deste trabalho depende da apresentação, no terceiro capítulo, do referencial teórico externo da Criminologia crítica. Partindo-se do pressuposto de que as permanências menoristas sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente não são flagrantes, entende-se que é sob a lupa das categorias do criticismo criminológico que aquelas poderão ser desveladas. Para a compreensão de tais categorias, por sua vez, adota-se como fonte bibliográfica principal, a clássica obra de Alessandro Baratta, expondo-se desde os princípios da ideologia da defesa social até o desenvolvimento da crítica criminológica, seguindo o percurso de negação desses princípios, um a um, pelas teorias criminológicas liberais contemporâneas.

O terceiro capítulo distingue-se também, em termos metodológicos, pela introdução de excertos jurisprudenciais, por meio dos quais se pretende ilustrar o reflexo prático do hibridismo característico do atual modelo de atuação jurisdicional na aplicação das medidas socioeducativas. Nesse sentido, foram selecionados, aleatoriamente, acórdãos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e, em especial, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob dois enfoques: o primeiro, do estereótipo do menor infrator e, o segundo, da finalidade ressocializadora da medida socioeducativa.

Quanto ao conteúdo, o trabalho tem sua estrutura determinada pelos modelos. O primeiro capítulo destina-se à apresentação do menorismo, assim compreendido o conjunto de elementos determinantes dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979 e o contexto político e social em que se inseriram essas leis, bem como a ideologia que norteou cada uma delas. No caso do Código de 1927, discute-se a ideologia da higiene e as associações por ela geradas entre perigo e pobreza, articulando-as com a definição legal para menores delinquentes e abandonados. Já em relação ao Código de 1979, tem-se a ideologia da segurança nacional e, no que tange à infância e à juventude, a positivação da doutrina da situação irregular, consolidando uma divisão binária na infância e juventude brasileiras.

O primeiro capítulo trata ainda da tutela jurisdicional do menor infrator, abordando, primeiramente, a questão da maioridade penal no Brasil desde o final do Império até a promulgação da Constituição Federal de 1988, destacando-se, porém, discussão de Tobias Barreto quanto ao discernimento. A partir dessa delimitação relativamente objetiva quanto àqueles que poderiam ser considerados menores, passa-se a apresentar, por meio dos intérpretes menoristas, de que forma se visualizava o Direito do Menor e sua finalidade, bem como quais eram as medidas aplicáveis aos menores e como se procedia à sua aplicação sob a

égide dos Códigos de 1927 e de 1979, para, ao final, tratar especificamente do juiz de menores – seus poderes e a (auto)imagem que deles se construiu.

Com o objetivo de manter certo paralelismo com o primeiro capítulo, trata-se, no segundo momento deste trabalho, do modelo protetivo, apresentando-se, antes de quaisquer outras considerações, a crítica que os defensores da doutrina da proteção integral dirigiram à sistemática anterior, ou seja, à doutrina da situação irregular para, então, discutir de que forma a proteção integral foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse contexto, busca-se compreender quem é o sujeito – ser em peculiar condição de desenvolvimento – dessa nova sistemática.

Por sua vez, a segunda parte do capítulo dois volta-se, tal qual realizado no primeiro capítulo, à tutela jurisdicional do adolescente em conflito com a lei, distinguindo-se, porém, daquele, diante de certas especificidades do modelo protetivo. Uma delas é a existência de profundas divergências entre as hermenêuticas da socioeducação, cujos extremos podem ser identificados na defesa de um Direito Penal Juvenil e na responsabilização estatutária. A segunda especificidade diz respeito aos atores do sistema de justiça da infância e da juventude: em contraposição ao centralismo do juiz no modelo menorista, outros atores ganham destaque e atribuições a partir da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual também são brevemente comentados.

A comparação entre os dois modelos e a demonstração de nossa hipótese principal fica reservada para o capítulo três. Nele, conforme apontado acima, expõe-se o referencial teórico externo da Criminologia crítica para depois discutir a existência de permanências menoristas no atual modelo de aplicação de medidas socioeducativas, tanto no plano legal, quanto no doutrinário, mas, principalmente, no plano jurisprudencial, pretendendo-se, a partir disso, apontar também o que se entende serem as bases para a efetivação do modelo protetivo.

Cumprido, a partir disso, explicitar os limites deste trabalho.

O primeiro deles diz respeito à discussão sobre a maioria penal e o sempiterno debate sobre sua redução. Apesar de consistir tópico tanto do primeiro, quanto do segundo capítulo, não constitui um dos eixos de articulação deste trabalho e tampouco preocupação central dele. Entende-se, porém, que as menções a ela são imprescindíveis, na medida em que a idade penal representa o primeiro critério de delimitação do contingente populacional ao qual se aplicava a legislação menorista e que hoje se acha submetida ao Estatuto.

Além do recorte temático, verifica-se a existência de recortes temporal e espacial, acerca dos quais também cabem breves considerações. Opta-se por iniciar a abordagem do

modelo menorista a partir do final do Império brasileiro apenas com o objetivo de contextualizar o surgimento da ideologia da higiene, uma vez que nosso primeiro foco de análise é o Código de Menores de 1927. Tratando-se de lapso significativo até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacam-se desse período, além do Código de Menores de 1979, poucos elementos, como o Serviço de Assistência ao Menor e Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. Essa abordagem histórica, ademais, é muito mais característica do primeiro capítulo do que do segundo, quando se trata da legislação vigente na contemporaneidade.

O trabalho limita-se ainda ao contexto brasileiro, suas normas e suas práticas jurídicas. Não porque se descure a influência do desenvolvimento da justiça de menores de outros países ou dos diplomas internacionais na área da infância e da juventude (como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989) – tanto que estes, quando se fizerem imprescindíveis à compreensão do tema, serão citados –, mas sim porque não se tem a pretensão de desenvolver um estudo comparado e tampouco estritamente legalista.

Pelo contrário. Sem ignorar o intercâmbio entre institutos jurídicos nacionais e estrangeiros, tomam-se como objeto de estudo os discursos menoristas e protetivos produzidos por intérpretes brasileiros ou sobre o Brasil, por se entender que são dotados de especificidade nacional.

Finalmente, no que toca ao último capítulo, precisam ser enunciados dois grandes limites. O primeiro diz respeito à Criminologia crítica. O tópico a ela dedicado não se propõe a ser uma consolidação dos paradigmas criminológicos da etiologia e da reação social. Eles aparecem aqui apenas como ponto externo de apoio para a avaliação e crítica do atual modelo de controle social da juventude brasileira no que tange à atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas.

O segundo limite se refere às decisões dos tribunais, escolhidas de forma aleatória tão somente com a finalidade de ilustrar as comparações entre o modelo menorista e o protetivo e de evidenciar, assim, o hibridismo do modelo atual, nossa hipótese de trabalho. Não se realizou, portanto, uma pesquisa exaustiva, rigorosamente delimitada ou com qualquer pretensão estatística. Os parâmetros para a escolha dos julgados foram apenas as palavras-chave correspondentes, nos dois modelos – menorista e protetivo - às duas categorias que se pretendia estudar: o estereótipo do menor infrator e a finalidade da medida.

1. O MODELO MENORISTA

Identificar as características da atuação jurisdicional em relação a adolescentes a quem se imputam atos infracionais no Brasil contemporâneo passa, necessariamente, pela compreensão das relações e interesses sociais, políticos e econômicos que engendraram na legislação do país e no imaginário nacional a categoria do menor e, mais especificamente, do menor infrator, do pivete, do trombadinha.

Assim, o objetivo deste capítulo é, num primeiro momento, reconstruir a sucessão de discursos que consolidaram essa terminologia a partir da análise dos instrumentos normativos que se voltaram para a questão da infância e da juventude e das teses menoristas construídas com base nesses instrumentos, tendo como marco inicial da análise o final do Império brasileiro, contexto em que começou a ser gestada no país a ideologia da higiene, e, como marco final, os primeiros anos após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, verificando-se, nesse caso, as reações dos intérpretes menoristas à nova legislação.

Já a segunda parte do capítulo volta-se para a apresentação de aspectos da tutela jurisdicional do menor infrator. Abordam-se questões relativas à configuração do Direito do Menor, autoproclamado novo e autônomo ramo jurídico; à relação desse Direito com o Direito Penal; à natureza e objetivo das medidas aplicadas pelo Estado aos menores e, finalmente, à imagem e aos poderes dos juízes de menores.

1.1. A construção da categoria do menor infrator

O ponto de partida da análise é o contexto social, político e econômico do final do período imperial brasileiro, isto é, pelos idos de 1850. À época, começou a ser gestada no país a ideologia da higiene e esta, conforme se pretende demonstrar nas linhas seguintes, consistiu no fundamento da política de recolhimento dos menores das ruas e posterior internação, positivada pelo primeiro Código de Menores do Brasil e também da América Latina, o Código Mello Mattos.

1.1.1. A ideologia higienista e o Código de Menores de 1927

Com a abolição da escravatura no Brasil, o imenso contingente de negros formalmente libertos, mas ainda reconhecidos enquanto escravos, exigiu do incipiente governo republicano

medidas de controle social. Os negros, afinal, expulsos do trabalho no campo, viam-se obrigados a ocupar desordenadamente as cidades, em busca de outras atividades laborais, e costumavam morar em habitações coletivas, denominadas de cortiços. Esses locais, por sua vez, já eram visados pelas autoridades públicas imperiais por serem esconderijos de escravos fugitivos e, por conseguinte, espaços que propiciavam a organização dessa população.

E, na cidade, os negros libertos, mas ainda vistos como escravos, enfrentaram grandes dificuldades para conseguir trabalhar, o que ensejou o estigma de que eles seriam desocupados e, por conseguinte, detentores do vício do não-trabalho. A partir disso, explica-se a primeira associação comum entre pobres e perigo de contágio em fins do século XIX, denominada pelo historiador Sidney Chalhoub, na obra *Cidade febril*, de metáfora da doença contagiosa, e na qual já se identifica a preocupação do poder público da época com a exposição de crianças e jovens a um “meio vicioso”:

[...] as classes perigosas continuariam a se reproduzir enquanto as crianças pobres permanecessem expostas aos vícios de seus pais. Assim, na própria discussão sobre a repressão à ociosidade, que temos citado, a estratégia de combate ao problema é geralmente apresentada como consistindo em duas etapas: mais imediatamente, cabia reprimir os supostos hábitos de não-trabalho dos adultos, a mais longo prazo, era necessário cuidar da educação dos menores (CHALHOUB, 1996, p. 29).

A segunda associação, conforme o mesmo autor, seria a representação pelos pobres de um perigo de contágio em sentido literal, uma vez que, pelo diagnóstico dos intelectuais-médicos do período, as habitações coletivas onde as classes baixas residiam eram focos de epidemias, razão pela qual deveriam ser combatidas e eliminadas. Esse processo de fiscalização e posterior destruição dos pejorativamente denominados cortiços, embora já tivesse se iniciado no período imperial, recrudescer tanto com a chegada de Floriano Peixoto à presidência e foi de tamanha relevância política, que Chalhoub (1996, p. 50) conclui que a Inspetoria de Higiene parecia o quarto poder da República.

À nossa análise, voltada para a construção da categoria do menor, dentre todos os aspectos abordados pelo referido historiador, destaca-se sua observação quanto às semelhanças entre os conceitos de “cortiço” e de “classes perigosas”, pois, embora ambos supostamente descrevessem os hábitos das classes pobres, caracterizavam-se, muito mais, pela ambiguidade, isto é, pela dificuldade de precisar os conceitos, o que, segundo Chalhoub (1996, p. 40), por se tratar de conceitos altamente estigmatizantes, aumentava a possibilidade de suspeição e, por conseguinte, de intervenção das autoridades públicas.

Foi nesse contexto, condicionado a um pensamento hegemônico médico dicotômico (normal/patológico, doença/cura, higiênico/anti-higiênico), que surgiu o Código de Menores de 1927. Conhecido como Código Mello Mattos, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, estabeleceu, em seu art. 1º, que eram aplicáveis as medidas de assistência e proteção nele previstas aos menores de até 18 anos de idade, abandonados e delinquentes.

Assim, cumpre que se analise, por ora, as disposições seguintes do referido diploma legal que procuram conceituar o abandono e a delinquência, bem como aquelas que, ao tratar do sujeito submetido a essa lei, revelam, de forma explícita ou implícita a ideologia higienista e seus pressupostos, tais como foram acima enunciados.

Nesse sentido, talvez o artigo que revele de forma mais flagrante o pensamento político dominante da época e o modo pelo qual se efetivava o controle social dos menores seja o art. 9º, alínea a, do supracitado decreto. Segundo ele, a autoridade pública poderia determinar a apreensão e a remoção de criança com idade inferior a dois anos que se encontrasse abrigada “em alguma casa cujo numero de habitantes fôr excessivo, ou que fôr perigosa ou anti-hygienica”.

Têm-se, na mesma hipótese legal, os elementos centrais e notadamente ambíguos da ideologia higienista. Em primeiro lugar, há clara menção às habitações coletivas ou cortiços, sem que se precise, porém, qual o critério para a identificação do excessivo número de moradores. Depois, fala-se em casa “perigosa” e ainda em casa “anti-higiênica”, termos que, novamente, se destacam pela imprecisão e que, portanto, permitiam, à época da vigência do primeiro Código de Menores, a ampliação da esfera de discricionariedade da autoridade competente para apreender e remover crianças.

No mesmo sentido, o art. 26 apresenta um rol de oito situações que caracterizariam o abandono do menor, dentre as quais seis estão expressamente relacionadas aos pais, tutores ou guardiães. É possível também classificar as hipóteses de abandono quanto a causas materiais e morais. No primeiro grupo, estavam situações de falta de habitação certa para o menor (novamente, há a referência ao hábito de moradia) e dos meios para ele subsistir (art. 26, I, do Decreto nº 17.943-A/1927), seja de forma definitiva, pelo falecimento dos genitores, por exemplo, seja de forma eventual, em caso de genitores indigentes, enfermos, ausentes ou presos (art. 26, II, do Decreto nº 17.943-A/1927).

No segundo grupo, por outro lado, encontravam-se as hipóteses de abandono moral, dentre as quais situações provocadas diretamente pelos genitores, como a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 26, IV, do Decreto nº 17.943-A/1927), bem como

práticas ou estados habituais dos próprios menores, como a vadiagem, a mendicidade e a libertinagem (art. 26, V, do Decreto nº 17.943-A/1927). Tais categorias, por sua vez, são conceituadas nos dispositivos seguintes do Código e remetem, claramente, à ideia do vício do não-trabalho das classes pobres. A vadiagem, por exemplo, é conceituada como um comportamento refratário do menor ao recebimento de instrução ou de dedicação a um “trabalho sério e útil”. Ela também designava situações em que o menor não tinha um “meio de vida regular” (art. 28, a e b, do Decreto nº 17.943-A/1927). A mendicidade, por sua vez, já indica o grupo social a que estes menores, identificados como abandonados por pedirem esmolas, pertenciam. Os libertinos, por outro lado, envolvidos com situações obscenas, eram automaticamente associados à outra espécie de vício – um vício de caráter – e classificados igualmente como abandonados.

Esta seria uma breve apresentação de uma das categorias de menores a que o Código Mello Mattos se dirigia. A outra eram os menores delinquentes, categoria que, diante do enfoque escolhido para o presente trabalho, isto é, do estudo da atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes em conflito com a lei, merece maior destaque. Os menores delinquentes eram identificados como aqueles que, tendo entre 14 e 18 anos de idade, tivessem praticado ou atuado como cúmplices em fatos qualificados como crime ou contravenção e que, por isso, deveriam ser submetidos a um processo especial.

Cumpra-se notar que a previsão de um processo especial aos menores delinquentes vinha acompanhada de uma determinação para que a autoridade competente diligenciasse informações sobre o estado físico, mental e moral do menor, bem como sobre a situação social, moral e econômica dos pais ou responsável (art. 69 do Decreto nº 17.943-A/1927).

Na sequência, estabeleciam os parágrafos do supracitado artigo 69 uma subdivisão entre os menores considerados delinquentes e as medidas que a eles seriam aplicáveis. Primeiramente, estipulava-se que os menores que apresentassem algum tipo de doença ou deficiência física ou mental deveriam ser encaminhados para tratamento. Por outro lado, dentre aqueles considerados sãos, previa-se a colocação em uma “escola de reforma” por um prazo de um a cinco ou de três a sete anos, dependendo do seu estado de abandono ou perversão. Em outros termos, os menores delinquentes, mas que não fossem abandonados nem perversos, nem estivessem em perigo de vir a ser, ficariam internados por período mais curto - de um a cinco anos – do que os delinquentes que estivessem em estado de abandono, perversão ou em perigo de estar. Para estes, a internação na escola de reforma perduraria “por

todo o tempo necessário à sua educação, que poderá ser de três anos, no mínimo e de sete anos, no máximo.” (art. 69, § 3º, do Decreto nº 17.943-A/1927).

As medidas impostas aos menores delinquentes e, em especial, suas finalidades declaradas serão objeto de discussão do item 1.2 deste capítulo. Por ora, importa observar os fatores determinantes para a aplicação de uma medida ou outra ao jovem enquadrado na categoria de menor delinquente. Os artigos referidos não deixam dúvidas de que, mais relevantes do que a infração penal supostamente praticada, eram as características pessoais do menor delinquente e as condições sociais, morais e econômicas de sua família. Aqui, aliás, o Código chega a ser redundante na medida em que as hipóteses de abandono também remetiam a falhas no exercício do então denominado pátrio poder.

Nesse sentido, considerando nossa pretensão de reconstruir a categoria do menor infrator não apenas a partir da análise dos textos legais, optou-se por trabalhar como fonte os discursos que os estudiosos do chamado Direito do Menor produziram, ao comentar o Código Mello Mattos. Eles eram, ademais, atores do sistema de justiça menorista¹.

Segundo o desembargador aposentado do antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, autor, dentre outros livros sobre o tema, de *Direito do Menor*, deveriam ser objeto da intervenção estatal tanto os menores que se encontrassem em estado de pré-inadaptação, quanto os menores em estado de pré-delinquência, paradelinquência e em estado de infração (CARVALHO, 1977, p. 14), categorias por ele trazidas de estudo comparado com a lei portuguesa tutelar, a partir da qual propunha uma orientação para o novo Código de Menores brasileiro. A obra referenciada foi publicada em 1977, portanto, dois anos antes do segundo Código de Menores do país.

De acordo com Carvalho (1977, p. 14-15), os menores em estado de pré-inadaptação seriam aqueles sujeitos a maus tratos ou em abandono que pudesse colocar em perigo sua saúde, segurança ou formação moral. Os menores em estado de pré-delinquência revelariam, por sua situação, comportamento ou tendências, “séria dificuldade de adaptação a uma vida social normal”, enquanto os menores em estado de paradelinquência seriam os mendigos, vadios, prostituídos ou libertinos. Finalmente, haveria os menores em estado de infração.

Aqui, percebe-se no autor a mesma ideia constante da lei: uma íntima associação entre o estado de abandono dos menores e a delinquência. Aliás, o que o autor nos indica, por

¹Ante a escolha por analisar tanto a legislação menorista, quanto os discursos produzidos por aqueles que se dedicaram ao estudo do Direito do Menor, o fato de que esses estudiosos eram também, em sua esmagadora maioria, sujeitos do sistema de justiça menorista e, em especial, juízes de menores, é repleto de significado e receberá a devida atenção no tópico 1.2 deste trabalho.

meio de suas categorias de análise e, em especial, por meio da categoria da pré-delinquência, é uma relação de continuidade entre uma situação e a outra e, em qualquer caso, considerando o que se entendia por abandono, bem como tendo em vista a vinculação social entre o indivíduo perigoso e o vício do não trabalho, o critério de identificação do menor era, sob a égide do Código de Menores de 1927, o seu pertencimento a uma classe social mais baixa.

1.1.2. O Serviço de Assistência ao Menor, a ideologia da segurança nacional e o Código de Menores de 1979

Com a denominada Era Vargas, diferentemente do que se verificara em governos anteriores, houve um reconhecimento oficial de que a problemática da infância e da juventude seria decorrência da situação de miséria e pobreza da população, o que acabou estimulando políticas públicas voltadas para a melhoria das condições de vida. Estas, por sua vez, de acentuado caráter assistencialista, tinham o objetivo de controlar e pacificar as camadas mais pobres, especialmente em tempos de combate à ameaça comunista.

É desse período a criação do Serviço de Assistência ao Menor, cuja subordinação ao Ministério da Justiça já indicava se tratar de instrumento para prevenção e combate da “criminalidade infanto-juvenil” e que foi posteriormente incorporado pela Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor, criada em 1964, ano do golpe civil-militar que instalou período ditatorial no país.

A FUNABEM é descrita por Alyrio Cavallieri, juiz de menores do Rio de Janeiro, reconhecido por sua produção acadêmica voltada à sistematização do Direito do Menor nos seguintes termos: “Já tenho afirmado que o historiador do futuro, qualquer que seja sua perspectiva de observação e análise, indicará a criação da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) como uma das grandes obras da Revolução Brasileira” (CAVALLIERI, 1978, p. 274).

O mesmo autor procura esclarecer, na sequência, os motivos pelos quais assim percebia a criação da FUNABEM, enaltecendo, nesse sentido, a Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964 como uma “legislação avançada, dinâmica, corajosa”, que permitiu que a entidade recém-instituída tivesse autonomia financeira e administrativa. Sua grande qualidade, porém, teria sido a implantação de uma “filosofia nova no tratamento do menor”, que teria proporcionado a redução dos índices de criminalidade, conforme pesquisa

mencionada pelo autor em relação a adultos então presos nas penitenciárias do Rio de Janeiro e de São Paulo e que tinham vivenciado “um passado em um serviço de menores”.

Nesse sentido, Paulo Roberto Sandrini (2009, p. 51) observa em sua tese sobre a gênese do Estatuto da Criança e do Adolescente que o conceito de bem-estar englobava áreas como saúde, educação, lazer, segurança social e afetiva e trazia vinculado a si a ideia de controle e ajustamento. Assim, a FUNABEM e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor que a ela incumbia executar, na condição de “filhas da Revolução”, calcavam-se no argumento da segurança nacional.

Segundo Roberto R. Martins (1986, p. 9), o conceito dominante de segurança nacional engloba, além dos problemas da guerra e da paz, os problemas da política, da economia e psicossociais, ou seja, tudo que diz respeito à sociedade brasileira e ao seu território, recursos naturais, etc.. Para a doutrina da segurança nacional existem, portanto, duas preocupações básicas: uma com os problemas da guerra e outra com o fortalecimento do Estado.

O mesmo autor adverte que, no caso da doutrina de segurança nacional brasileira, formulada pela Escola Superior de Guerra, houve uma grande imbricação com a geopolítica, como se uma fosse o desenvolvimento da outra, o que é de extrema relevância para a compreensão das políticas para a infância e para a juventude executadas durante todo o período ditatorial civil-militar instaurado pelo golpe de 1964. Isso porque, para os geopolíticos, Estado e nação se complementam a ponto de se confundir e a “Nação é uma vontade única, um projeto único. Vontade que está acima das classes e dos interesses das classes que a compõem” (MARTINS, 1986, p. 17).

Assim, a nação, sob a perspectiva da ideologia da segurança nacional, tem um destino manifesto a ser conquistado pelo Estado, o qual é representado pelos objetivos nacionais. Esses objetivos, por sua vez, dizem respeito à sobrevivência do Estado e da nação no espaço e no tempo, sua autonomia no cenário internacional e o desenvolvimento econômico e social, pois, conforme formulação do general Golbery de Couto e Silva, citada por Martins (1986, p. 19), “[...] para as sociedades humanas, assim como para todos os organismos de maior ou menor complexidade, *a estagnação é a morte.*”

Nesse sentido, verifica-se que a Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964, que instituiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, ao tratar das competências dela no art. 7º, fez, por duas vezes, expressa referência ao “problema do menor” e à necessidade de que este fosse solucionado por meio da participação de toda a sociedade.

Essa concepção de menor-problema perdurou por todo o período ditatorial e encontrou respaldo não apenas na legislação, como também na produção acadêmica voltada para o Direito do Menor, cujos expoentes, de modo geral, eram também atores da justiça de menores pelo país. Tanto é assim que, da obra *Menores infratores*, publicada em 1978 por Nuno de Campos, antigo promotor de justiça da então denominada Vara do Menor de Florianópolis e professor da Universidade Federal de Santa Catarina, tem-se:

O aumento do número de menores com conduta anti-social pode ter repercussões no crescimento econômico. Um país sofrerá atrasos no seu desenvolvimento, se a sua população jovem não se transformar rápida, quantitativa e qualitativamente em recursos humanos necessários ao desenvolvimento sócio-econômico do país. A juventude posta à margem da sociedade, além de perturbar os mecanismos produtivos, provoca um grande dispêndio de recursos necessários à sua ressocialização (CAMPOS, 1978, p. 16).

O trecho ilustra, portanto, que, na construção da categoria do menor infrator, este também foi oficialmente taxado de problema nacional e considerado entrave ao pleno desenvolvimento econômico e social do país, na medida em que, ao deixar de ingressar no mercado de trabalho, não contribuía para a produção de riqueza nacional, bem como representava uma despesa a mais no orçamento, haja vista a necessidade de sua ressocialização.

Em 1979, com a promulgação do segundo Código de Menores brasileiro, o menor-problema, o abandonado e o infrator foram agrupados sob a denominação de menores em situação irregular. Tal categoria, de acordo com Pino, consolidou a divisão entre duas infâncias no país – uma rica e boa, outra pobre e problemática². Assim, “[...] o termo menor adquiriu uma densidade semântica que nada tem a ver com minoridade, mas com a condição de pobreza dos filhos de amplos segmentos da classe trabalhadora” (PINO *apud* SANDRINI, 2009, p. 68).

De acordo com o art. 1º da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, o Código por ela instituído dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância dos menores de até 18 anos de idade em situação irregular. Esta, por sua vez, tinha suas hipóteses previstas no art. 2º do mesmo diploma legal, dentre as quais podem ser destacadas a privação de condições

²Embora não seja foco deste trabalho, a sistemática da adoção ao tempo em que vigia o Código de Menores de 1979 é bastante ilustrativa da divisão entre duas infâncias que esse diploma consolidou. Enquanto a adoção simples de menores em situação irregular exigia a intervenção do Judiciário, entendia a doutrina, à luz dos arts. 1º, I, 2º e 27, do CM/1979, que, para os demais menores, valeriam as regras da lei civil, ou seja, poderiam ser adotados por escritura pública, desde que preenchidos os requisitos legais (MARCATO *in* CURY, 1987, p. 24). Em outros termos, havia, para duas infâncias, duas leis.

essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, por falta, ação ou omissão dos pais ou responsável (art. 2º, I, a, da Lei nº 6.697/1979); a situação de perigo moral por se encontrar o menor, de forma habitual, em ambiente contrário aos bons costumes (art. 2º, III, a, da Lei nº 6.697/1979); o desvio de conduta do menor, inadaptado à convivência familiar e comunitária (art. 2º, V, da Lei nº 6.697/1979), além da autoria de infração penal pelo menor (art. 2º, VI, da Lei nº 6.697/1979).

É interessante observar que, além dos limites etários constantes do art. 1º da Lei nº 6.697/1979, o rol do art. 2º, conforme interpretação encontrada em *Comentários ao Código de Menores*, de autoria da Associação Nacional dos Juizes de Menores do Brasil, cuja publicação ocorreu em 1980, seria exaustivo. De acordo com o comentário, não haveria situação irregular se o caso não pudesse ser enquadrado em uma das seis categorias já previstas legalmente.

Por outro lado, esclarecem os autores que a matéria tratada pelo Código de Menores seria “extremamente maleável e técnica, exposta às inúmeras contingências da realidade de um dado contexto sócio-econômico-cultural, o qual, a seu turno é, por natureza, cambiante” (ABJM, 1980, p. 6-7).

Nesse sentido, alertam para a existência de categorias de situação irregular autoexplicáveis ou objetivas, como a privação de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente por falta, ação ou omissão dos pais ou responsável e a prática de infração penal pelo menor, bem como para a existência de categorias que demandariam do juiz e de seus auxiliares exercício de hermenêutica que levasse em consideração circunstâncias de ordem subjetiva, como as hipóteses de perigo moral (art. 2º, III, da Lei nº 6.697/1979) e de desvio de conduta (art. 2º, V, da Lei nº 6.697/1979).

O emprego de uma nova terminologia não representou, porém, um rompimento em relação à categorização dos menores em abandonados e infratores, constante do Código Mello Mattos. Tanto é assim que, ao expor o conceito de situação irregular, à época em que a Lei nº 6.697/1979 ainda era mero projeto, o então juiz de menores da Vara do Rio de Janeiro, Allyrio Cavallieri, faz clara remissão às disposições do Código de 1927. Nesse sentido, esclarece que o juiz de menores, para impor uma medida:

[...] tem que se encontrar diante de um menor em situação irregular (atualmente, os abandonados e infratores); para prevenir tal situação, o juiz poderá exercer sua jurisdição indistintamente, a todos os menores, mesmo aqueles que estejam normalmente inseridos em suas famílias, não sendo nem infratores nem abandonados (CAVALLIERI, 1978, p. 39-40).

Finalmente, cumpre salientar que a identificação de ideologia diversa como fundamento da legislação que sucedeu o Código Mello Mattos não representou a substituição da ideologia da higiene, mas a ela se somou. Assim, apesar de enunciadas de forma menos explícita, as hipóteses de situação irregular do Código de Menores de 1979 ainda remetem à preocupação com saúde e ambiente adequado.

A permanência da ideologia higienista, ademais, é incontestável diante dos discursos dos doutrinadores e, simultaneamente, operadores do sistema de justiça menorista. Nesse sentido, a título de ilustração, extrai-se da obra *Direitos fundamentais do menor*, escrita por Francisco Pereira de Bulhões Carvalho em 1979, por ocasião do I Congresso Nacional do Direito do Menor, realizado entre os dias 6 e 10 de novembro daquele ano na cidade de Porto Alegre, incisivo ataque contra as favelas, por ele descritas como um atentado ao direito de propriedade e às normas de higiene e educação infantil, razão pela qual impediriam a adequada proteção da infância e da maternidade (CARVALHO, 1979, p. 30).

Nesse mesmo viés, afirmava o referido autor, sem meios termos, que a infância abandonada estava nas ruas e nas favelas e que as leis de amparo à infância deveriam começar pela habitação. Por isso, ao ser convidado para presidir grupo de trabalho constituído pela Portaria nº 24 de agosto de 1960, pelo Governador do antigo Estado da Guanabara, a quem incumbiria formular anteprojeto de emenda constitucional sobre a assistência a menores, Carvalho propôs, como finalidade legal, a extinção da miséria, assim definida como “a privação do mínimo necessário à habitação, à higiene, à instrução primária e profissional e à subsistência da vida”, estabelecendo, para tanto, que as favelas deveriam ser, de imediato, urbanizadas e higienizadas, por meio da instalação provisória de escolas primárias, centros médicos, centros recreativos e de orientação profissional e doméstica.

Por sua vez, o texto da Constituição do Estado da Guanabara de 1961, além de prever o combate à miséria e a assistência e higienização das favelas, acresceu que seria estimulada a criação de vilas operárias, com total isenção de impostos, para a remoção das favelas que fossem “irrecuperáveis”, dispositivo que, ao ser comentado por Carvalho (1979, p. 34-35), só mereceu críticas por não ter previsto a criação do Fundo de Assistência Mínima, que forneceria os recursos necessários à “proibição da existência da miséria” e ainda por ter se limitado ao combate dos problemas de habitação, quando a miséria apresenta várias outras manifestações, relativas à higiene, instrução primária e profissional e subsistência da vida.

1.1.3. Depois da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente

Importa ainda à análise da categoria do menor verificar as divergentes manifestações dos clássicos intérpretes menoristas diante da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerados os instrumentos legais que, em atenção à normativa internacional mais progressista (Regras de Beijing, Diretrizes de Riad, Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989) operacionalizaram o rompimento com a doutrina da situação irregular e institucionalizaram, ao menos nos planos constitucional e infraconstitucional, a adoção da doutrina da proteção integral.

De fato, observa-se que, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, já eram apontadas críticas ferrenhas ao modelo menorista. Dentre elas, destacam-se aquelas que demonstravam que a questão do menor também fora, dentre outros fatores, orientada pelo autoritarismo do regime militar instalado no Brasil em 1964.

Nesse sentido, a título de ilustração, verifica-se que o então curador de menores do Estado de São Paulo, Paulo Afonso Garrido de Paula, em palestra durante o Seminário Nacional “Mutirão contra a Violência”, promovido pelo Ministério da Justiça e pela Funabem, em maio de 1986, afirmou que, atreladas à Política Nacional do Bem-Estar do Menor, floresceram instituições totais, cujo objetivo era reparar injustiças sociais por meio de ações compensatórias a fim de evitar “possíveis e previsíveis revoltas marginais”, uma vez que estas colocariam por terra a apregoada paz do regime.

O referido autor, na sequência, afirma ainda que tais instituições tinham como fundamento uma legislação igualmente de orientação reparadora, que via “[...] a família como a grande orquestradora da marginalidade, alheia e imune à política de empobrecimento, engendrada e desenvolvida por aqueles que surrupiaram o Poder de seu legítimo e único detentor: o Povo”. (PAULA, 1989, p. 13)

Por outro lado, é preciso pontuar que, os clássicos intérpretes da legislação menorista apresentaram severas críticas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, defendendo, em contrapartida, os postulados dos Códigos de Menores³.

Com esse objetivo, cumpre-nos citar as manifestações de Liborni Siqueira, que, na posição de juiz de menores do Estado do Rio de Janeiro, sociólogo e autor de obras sobre o

³ Tal situação, é importante frisar, embora se aproxime muito do objeto central do trabalho, dele se diferencia na medida em que as permanências menoristas que se pretende identificar no modelo de atuação jurisdicional contemporâneo não vêm explicitamente indicadas como uma defesa das codificações anteriores, mas sim mascaradas de doutrina da proteção integral, conforme se demonstrará no terceiro capítulo.

Direito do Menor, bem como assíduo colunista do *Jornal do Commercio*, ao menos entre os anos de 1989 e 1991, conforme demonstra a organização da obra *Dos direitos da família e do menor*; constitui fonte importante de análise discursiva da construção da categoria do menor no imaginário nacional.

Colhe-se de texto publicado em 16.05.1990, que, para o autor, a compreensão e o combate da “delinquência juvenil” – termo por ele empregado como título do artigo – pressupõe uma visão do binômio biológico-social.

Assim, primeiramente, trata da alta taxa de natalidade brasileira e, desse contingente de recém-nascidos, destaca que a maioria será vitimada pela miséria e pela fome, passando a integrar “[...] a legião dos deficientes e dos mutilados cerebrais que serão dirigidos pela minoria dos privilegiados mentais” (SIQUEIRA, 1992, p. 41). Tomando o binômio biológico-social inicialmente citado pelo autor, depreende-se que as estatísticas são aqui trazidas com o intuito de delimitar a origem social dos menores delinquentes, isto é, as classes pobres.

O maior destaque do texto, porém, fica para o aspecto biológico, ou, conforme Siqueira, para a “ontogênese” do “pequenino ser”. Nesse sentido, assevera que o período em o ser humano constrói seus principais valores, isto é, “o temperamento, que surge no ato da concepção; a afetividade emocional; a disciplina comportamental e os 80% de nossa responsabilidade adulta”, fica circunscrito dos nove meses de gestação aos seis anos de idade. Por isso, afirma que, sem a adequada assistência à gestante e à criança de tenra idade, esta não alcançará seu pleno desenvolvimento e, por conseguinte, tampouco se minimizará “o universo criminógeno infanto-juvenil” (SIQUEIRA, 1992, p. 42).

O que Siqueira propõe, portanto, não é só a permanência de uma velha terminologia, mas também a manutenção do velho argumento de continuidade entre uma assistência inadequada à gestante e à criança de tenra idade e a delinquência juvenil, delimitando assim tanto a origem social daqueles menores que poderiam vir a delinquir, como também acentuando a responsabilidade da família em relação a um “desenvolvimento desviado”.

1.2. Tutela jurisdicional do menor infrator

No item anterior, buscou-se demonstrar de que forma se articularam os enunciados legais menoristas e os discursos doutrinários que buscaram interpretá-los de forma a construir no imaginário social brasileiro a categoria do menor infrator. Para tanto, fez-se necessário discutir como as ideologias da higiene e da segurança nacional sustentaram as categorizações

de menores e permitiram que se estabelecesse, inclusive formalmente, uma linha de continuidade entre pobreza e a assim denominada delinquência juvenil, ambas qualificadas, desde 1979 e da entrada em vigor do Código de Menores, de situação irregular.

Ocorre que a identificação dos elementos do menorismo, sob o enfoque da relação estabelecida entre os menores e os juízes, não se esgota na construção da categoria do menor. É preciso compreender também sobre quais pressupostos se construiu a atuação dos juízes de menores brasileiros, isto é, analisar os discursos que legitimaram a intervenção estatal sobre o menor abandonado, delinquente, carente, infrator ou em situação irregular, as finalidades do Direito do Menor, de que a forma a matéria foi sistematizada e sua aplicação prática.

Para tanto, tal como realizado no item 1.1 deste trabalho, adotam-se como fontes a legislação menorista e as manifestações de estudiosos do Direito do Menor, os quais, em sua maioria, conforme já pontuado, eram também juízes de menores à época em que produziram seus trabalhos.

1.2.1. A maioria penal em tempos de menorismo

Antes, porém, é preciso traçar retrospectiva do tratamento que se dispensou à maioria penal desde o final do Império, quando começou a ser gestada a ideologia da higiene, até o estabelecimento da idade penal em 18 anos pela Constituição Federal de 1988. Isso porque, conquanto não se trate do foco deste trabalho, a fixação da maioria penal é, de certa forma, um critério objetivo para delimitação da parcela da população que não estava submetida à repressão do sistema penal da época e, nesse sentido, constitui temática imprescindível ao trabalho.

Assim, acerca da inimputabilidade penal, dispunha o Código Criminal de 1830 que:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos. 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. 3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis. 4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria. [...] Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos. (grifo nosso)

Note-se que o art. 10 supratranscrito foi estudado por Tobias Barreto, professor da Faculdade de Direito do Recife entre os anos de 1882 e 1889, que pregava a renovação do ensino jurídico brasileiro e em torno do qual se reuniram nomes importantes do cenário

cultural do país e que fizeram parte da chamada “Escola do Recife”, de reconhecida influência no pensamento nacional. Em sua obra *Menores e loucos em direito criminal*, cuja primeira edição data de 1884, Barreto analisou criticamente o referido dispositivo, que vigeu no ordenamento jurídico brasileiro até o ano de 1891, quando ganhou eficácia o primeiro Código Penal republicano, de 1890.

Segundo Tobias Barreto (2003, p. 13), o Código Criminal de 1830 teria cometido um erro de método ao reunir no art. 10 diversas classes de sujeitos irresponsáveis, isto é, os menores de 14 anos, os loucos de todo o gênero, os que cometeram crimes por força ou medo irresistíveis e os que cometeram crimes na prática de ato lícito, uma vez que esses grupos de indivíduos deixariam de observar diferentes condições necessárias ao reconhecimento do “criminoso”.

As quatro etapas da evolução de um determinado indivíduo ou condições para o reconhecimento de sua responsabilidade penal seriam a consciência de si mesmo, a consciência do mundo externo, a consciência do dever e a consciência do direito. De acordo com essa sistemática, para Barreto (2003, p. 12-13), eventuais estados de irresponsabilidade penal seriam decorrentes da perda momentânea das duas primeiras condições, isto é, da consciência de si mesmo e do mundo externo. Contudo, em relação às pessoas de tenra idade e, em geral, quanto àquelas que não tivessem atingido um desenvolvimento suficiente, estaria em discussão a existência da consciência do dever e ainda da consciência do direito.

Nesse sentido, especificamente em relação aos menores de 14 anos, o Código Criminal de 1830, tal qual outros países, estabeleceu a sua “imaturidade moral” (BARRETO, 2003, p. 13) como presunção *juris et de jure*, logo, que não aceita prova em contrário. Por outro lado, a consagração no art. 13 do mesmo diploma legal da teoria do discernimento é taxada de erro pelo professor da Escola do Recife, na medida em que poderia abrir caminho a abusos dos julgadores.

Assim, verifica-se que Tobias Barreto se posicionou claramente contra as teorias que criticavam a fixação de uma idade penal sob o argumento de que os indivíduos apresentavam processos distintos de desenvolvimento psíquico e que, por isso, a determinação de uma mesma idade penal para todos não poderia oferecer uma medida segura da culpabilidade e do grau da pena merecida. A esse respeito afirmou que eventuais males decorrentes da fixação da maioria em matéria criminal “[...] são altamente sobrepujados pelos que resultariam de entregar-se ao critério de espíritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da *má fé* pueril” (BARRETO, 2003, p. 14).

Quanto aos critérios para fixação da idade penal, Barreto afirmava que se deveria considerar o grau de desenvolvimento cultural das diferentes províncias brasileiras e tomar como parâmetro “o ponto mais alto”, a fim de não punir aquele que não tivesse atingido a “maturidade moral”. Essa expressão, aliás, é recorrente na obra e, dos contextos em que foi empregada pelo autor, depreende-se que, para ele, haveria equivalência entre o momento em que o indivíduo atinge seu desenvolvimento moral e o momento em que pode ser penalmente responsabilizado pelos atos contrários à lei penal que pratique.

De modo semelhante ao Código Criminal do Império, o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu o primeiro Código Penal republicano, estabelecia em seu art. 27 que não eram criminosos os menores de 9 anos completos e aqueles que, entre 9 e 14 anos, tivessem agido sem discernimento. No art. 30 do mesmo diploma legal também se dispunha que os menores entre 9 e 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a “estabelecimentos disciplinares industriais”, novamente, pelo tempo que entendesse adequado o juiz, desde que não excedesse à idade de 17 anos do menor.

Assim, observa-se a manutenção do critério do discernimento para identificação dos menores infratores e, principalmente, para a imposição da medida de recolhimento visando à correção e à disciplina, por tempo indeterminado.

A esse respeito, pode-se observar, antecipando as discussões dos capítulos subsequentes deste trabalho, que a indeterminação do período pelo qual a medida de recolhimento poderia ser aplicada permaneceu enquanto característica da legislação sobre os menores ou adolescentes em conflito com a lei penal até os dias de hoje.

Já a pesquisa do discernimento, conforme aponta Rizzini (1993, p. 39-40), teve caráter transitório, haja vista a incompatibilidade entre o alto grau de subjetivismo que a envolvia e as ideias positivistas do início da República brasileira. Mesmo assim, a ideia de desrazoamento do menor, ou seja, de que ele não poderia ser responsabilizado por prescindir de razão, introduzida com a teoria do discernimento, já era fato consumado quando da vigência do primeiro Código de Menores.

Este é, portanto, o quadro legal relativo à maioridade penal entre o final do Império e o início do período republicano no Brasil. Aí estão colocados os critérios objetivos (idade) e subjetivos (discernimento) de identificação dos menores que tivessem praticado ilícitos penais, bem como apresentada a medida de recolhimento para correção e disciplina imposta àqueles que, dentre os menores, fossem considerados providos de razão.

Cumpra, de forma mais breve, traçar as alterações que ocorreram quanto à idade penal ao longo do período republicano.

Conforme lição de Veronese (1999, p. 70-71), sucessivas modificações do Código de 1890, tanto quanto à classificação dos delitos, como em relação à intensidade das penas levaram o Governo da época a aprovar e adotar a Consolidação das Leis Penais, de autoria de Vicente Piragibe. Esta, no que tange ao limite de idade, apenas reproduziu a determinação do Código de Menores de 1927, cujo art. 68, em sua primeira parte previa: “Art. 68. O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de, especie alguma [...]”.

Com o advento do atual Código Penal de 1940, a idade penal foi fixada a idade penal em 18 anos, a qual se mantém até hoje.

Houve, contudo, breve período em que vigeu a Lei nº 5258 de 10 de abril de 1967, que rebaixou a idade penal para dezesseis anos e restabeleceu o critério de discernimento para os menores de dezesseis a dezoito anos. Viviam-se um período ditatorial no país e, conforme já se pontuou acima, isso trouxe uma série de implicações para a área da infância. Mesmo assim, houve tantas reações contrárias à lei, que ela foi logo revogada, restabelecendo-se a idade de 18 anos como parâmetro.

1.2.2. Conceito, finalidade e autonomia do Direito do Menor

De acordo com a proposta de Alyrio Cavallieri (1978, p. 9), possivelmente aquele que, dentre os estudiosos do Direito do Menor, mais se dedicou a uma sistematização dessa matéria⁴, o Direito do Menor poderia ser conceituado como “um conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção”, constituindo-se como ramo jurídico autônomo⁵.

⁴Segundo texto elaborado pelo próprio Cavallieri para a Coleção Gente, organizada pela Universidade Estácio de Sá, ele foi o criador da primeira disciplina de Direito do Menor no Brasil e “inventor” da primeira doutrina nessa área. Nas palavras do autor: “Ainda como professor, viria a criar mais tarde uma cadeira nova, abandonando todas as outras: a primeira de Direito do Menor no Brasil, na qual dei a aula inaugural a 20 de agosto de 1975 na Universidade Gama Filho. De lá, ela se espalhou para outras faculdades. Tive até de, com todas as minhas deficiências, inventar uma doutrina. Escrevi o primeiro livro publicado no Brasil com o título Direito do menor, editado pela Freitas Bastos. Apesar de ser optativa, a matéria teve uma frequência muito grande, devido à atenção que este tema ganhou no nosso dia-a-dia. Quem não teve um problema com um trombadinha, com um delinquente, com o filho, o sobrinho ou o neto?” (CAVALLIERI, Alyrio. **Alyrio Cavallieri em depoimento a Cláudio Figueiredo**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2005).

⁵Aliás, a obra de Cavallieri adota justamente essa estrutura tripartite: depois de uma primeira parte voltada à caracterização do Direito do Menor, seguem-se capítulos do livro destinados à definição de situação irregular, à abordagem do tratamento e, finalmente, à prevenção.

Preliminarmente, é interessante observar que, à época em que a obra *Direito do Menor* foi escrita por Cavallieri, vigia no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Menores de 1927, conhecido como Código Mello Mattos. Neste, conforme abordagem realizada no item anterior do trabalho, eram considerados objeto da lei os menores abandonados e delinquentes. O conceito proposto por Cavallieri, porém, já adota o termo “situação irregular”, que viria a ser positivado apenas um ano depois da publicação do livro, com o Código de Menores de 1979.

A partir disso, constatam-se, mais uma vez, duas perspectivas de análise já apontadas no item anterior: por um lado, a referência à situação irregular é reflexo das críticas formuladas não só por Cavallieri, mas também por outros operadores do sistema de justiça menorista e/ou estudiosos do tema, ao Código de Menores de 1927; por outro, considerando que o próprio autor afirma ter escrito o livro de acordo com a legislação então vigente, tem-se aqui, no simples emprego da mesma terminologia, um indicativo da relação de continuidade entre o Código Mello Mattos e o Código de Menores de 1979.

Por ora, propõe-se um retorno ao conceito de Cavallieri. De acordo com ele (1978, p. 24-25), a autonomia do Direito do Menor estaria evidenciada na apresentação de normas e institutos próprios; no mundo de cogitações científicas, vindas de todos os setores, que se dirigia à criança, desde que ela deixou de ser vista como um “homem pequeno”; na existência de uma legislação específica e, ainda, na autonomia didática da matéria no âmbito acadêmico, justamente por existir um conjunto de normas próprias que não eram estudadas em outras disciplinas.

Compartilhando do pensamento de Cavallieri, Nuno de Campos (1979, p. 106) defendeu a autonomia do Direito do Menor citando Veillard-Cybulski, ex-presidente da Associação Internacional de Juízes de Menores, segundo o qual a velha distinção entre Direito Civil e Penal dos Menores cedeu lugar a um direito novo, um direito que se constituiu enquanto um “direito especial, autônomo, psico-social, que o aparenta à legislação social”.

O debate sobre a autonomia do Direito do Menor é, portanto, necessariamente, um debate sobre as finalidades e a aplicação desse direito, isto é, sobre as medidas judiciais e administrativas por ele preconizadas e o objetivo que se pretende atingir por meio delas. Nesse sentido, o processo salientado por autores como Carvalho (1979), Campos (1978) e Cury (1987), diante da multiplicação dos Tribunais de Menores em todo o mundo, é o de substituição paulatina das medidas puramente repressivas por medidas de reeducação, que tinham por pressuposto a sua provisoriedade, isto é, a possibilidade de que a autoridade

judiciária modificasse sua decisão para impor um regime diferente em contraposição a um sistema de medidas com duração fixa.

Esse movimento de substituição de medidas e, por conseguinte, de estabelecimentos com características nitidamente militares por um sistema sociopedagógico, consistente em uma analogia com a vida cívica e um autogoverno dos jovens decorreria da constatação de que a repressão, por si só, não recuperava. Assim, de acordo com o autores supracitados, entre o final do século XIX e começo do século XX, as novas ideias sobre a reeducação de menores de conduta antissocial passaram a levar em conta o respeito a sua individualidade (CURY, 1987, p. 13) e eram marcadas pela provisoriedade em razão da finalidade da medida: quando a reeducação fosse constatada, a medida se esgotaria.

Além disso, conforme Carvalho (1979, p. 1-2) salienta na obra *Direitos fundamentais do menor*, dentre os “princípios fundamentais do direito moderno relativos a menores infratores da lei penal ou inadaptados”, a submissão destes a medidas educativas e não mais a penas ou castigos fulguraria como característica principal. Aquelas, por sua vez, além de provisórias, seriam aplicadas por um juiz especializado, que não mais investigaria se o menor apresentava discernimento ou não.

Cumprir notar que a identificação de uma finalidade meramente educativa na medida aplicada pelo juiz de menores e, por conseguinte, a característica da provisoriedade da medida, trazia uma consequência prática dúbia. Por um lado, verificada a reeducação do menor, a medida seria extinta. Por outro, alcançada a maioria penal do indivíduo sem que ele tivesse se reeducado, impor-se-ia o seu encaminhamento à justiça comum para que lhe fosse aplicada penalidade ou medida que dela se aproximasse. Isso porque, ausente a reeducação, estaria evidenciado o estado perigoso do indivíduo, o que justificaria a imposição de medidas pelo direito comum (CARVALHO, 1979).

A ideia de indivíduos perigosos, já apresentada quando se tratou da construção da categoria do menor, é frequentemente citada pelos autores do Direito do menor como fundamento para as medidas reeducativas. A título de ilustração, tomam-se dois excertos do livro *Direito do Menor*, também de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho. No primeiro, o autor elogia o instituto da assistência educativa, de origem francesa, que autorizava a intervenção do juiz de menores nas famílias “quando a saúde, a segurança, a moralidade ou a educação do menor” estivessem “EM PERIGO ou comprometidas”, o que, na análise do autor, elevava automaticamente a jurisdição do juiz até a maioria para estabelecer

providências reeducativas do menor e de sua família, sem o caráter específico de prevenção criminal (CARVALHO, 1977, p. 15).

Carvalho também sustentava que seria um princípio fundamental da legislação de menores a existência de um Centro Técnico de Observação, pois todo o sistema de intervenção do juiz teria como base a observação dos menores abandonados ou inadaptados. Nesse sentido, asseverava que:

Desde que não cabe ao juiz estabelecer pena ou medida em relação ao ato praticado, **nem graduar sua severidade conforme a maior ou menor perversidade revelada pelo menor**, senão apenas e unicamente fixar medidas reeducativas ‘em harmonia com as condições psicológicas, familiares e sociais de cada caso, **abstraindo de qualquer finalidade punitiva ou de intimidação geral**’, é claro que a determinação de tais medidas tem de ser procedida da **observação do menor e do seu meio familiar**, em cada caso, por serviço técnico especializado. (grifou-se) (CARVALHO, 1977, p. 23-24)

De acordo com o autor, a fixação das medidas ao menor que praticasse um ato considerado antissocial deveria ser precedida da observação dele e de sua família e estar de acordo com as condições psicológicas, familiares e sociais de cada caso. Por outro lado, o juiz não deveria tomar como parâmetro para estabelecer a medida o ato praticado pelo menor⁶ nem considerar o grau de perversidade deste, uma vez que a medida deveria abstrair de qualquer finalidade punitiva.

Assim, o trecho interessa à análise proposta porque, ao mesmo tempo em que trata a perversidade como característica inerente ao menor que apresentou uma conduta contrária à ordem legal – passível de verificação em diferentes graus, mas, de qualquer forma, intrínseca – e a rechaça como critério para a fixação da medida reeducativa, afirma que esta deverá ser determinada pelo juiz conforme as condições psicológicas, familiares e sociais do menor, remetendo não apenas a um indivíduo perigoso, mas também a uma família e a um ambiente nocivos, aos quais se deveria aplicar a medida mais adequada para a reeducação.

Em síntese, as medidas previstas pela legislação menorista eram visualizadas como reeducativas, provisórias, individualizadas e aplicáveis apenas por juízes especializados.

A partir disso, construiu-se não só a autonomia do Direito do Menor, mas, especialmente, a sua distinção em relação ao Direito Penal, o que pode ser localizado tanto na obra *Direito do Menor*, de Alyrio Cavallieri, de 1978, quanto no artigo redigido por Munir Cury como parte da obra *Temas do Direito do Menor*, de 1987. Nas palavras de Cury, embora

⁶No mesmo sentido: “Não existe no Direito do Menor o princípio da proporcionalidade da medida imposta ao ato anti-social praticado” (CAMPOS, 1979, p. 102).

o Direito do Menor se relacione com o Direito Penal, uma vez que este cataloga e define as infrações cometidas pelo menor, dele se diferencia porque:

[...] o juiz penal termina sua prestação jurisdicional com a prolação da sentença, enquanto que o juiz de menores deve continuar sua ação até o término da medida imposta. O juiz penal não toma conhecimento da prevenção, ao passo que para o juiz de menores a prevenção é primordial. No Direito Penal, a medida é repressiva; no Direito do Menor, a medida deve ser sempre reeducativa e tutelar: no primeiro, a pena tem duração determinada; no segundo, a medida conserva-se indeterminada no tempo e está condicionada à recuperação (CURY, 1987, p. 10).

Ao analisar esse processo de independência ou afastamento do Direito do Menor em relação ao Direito Penal, Nuno de Campos (1978, p. 96) afirma que isso ocorreu por meio de duas correntes interpretativas: enquanto umas delas, de caráter repressivo, aceitaria apenas que o menor ficasse sujeito a um “‘direito penal’ mais brando, atenuado, com penas mais leves”, a outra corrente, denominada por ele de humanista ou progressista, preconizaria a retirada do menor do direito penal, “preocupando-se com a prevenção e se orienta para o estudo do sujeito que cometeu o ato anti-social, a sua personalidade, as motivações que o levaram à prática do ato e ao estudo do seu meio social.”

Nesse sentido, a segunda corrente defende um direito do menor cada vez mais individualizado, isto é, um direito do menor pautado pelo estudo aprofundado das particularidades de cada caso, de cada menor, resultando na aplicação de medidas de diferentes categorias para cada hipótese. O autor exemplifica essa corrente afirmando que, se dois menores cometem um homicídio, por terem sido estudados em profundidade nos seus múltiplos aspectos biopsicossociais, as medidas a eles aplicáveis podem ser diferentes para um e outro caso, o que não ocorre no sistema repressivo, penalista (CAMPOS, 1978, p. 96).

Finalmente, importa salientar que, entre os autores menoristas, previa-se que o sistema de reeducação de menores, ao adotar uma postura humanista, passaria a influenciar o sistema repressivo, pois seria realmente ilógico que um ser humano que tivesse praticado um ato antissocial típico, depois de comprovada a sua recuperação, continuasse apenado em consequência de um sistema que ainda preconiza uma punição retributiva do mal por ele causado (CAMPOS, 1979, p. 98).

1.2.3. As medidas aplicáveis ao menor

Diante do exposto no tópico anterior e considerando os objetivos deste primeiro capítulo, é fundamental que se aprofunde o estudo das medidas que eram aplicáveis aos

menores considerados delinquentes ou ainda menores que tivessem cometido infrações penais⁷ de acordo com os dois principais instrumentos normativos que antecederam o Estatuto da Criança e do Adolescente na área da infância e da juventude – os Códigos de Menores de 1927 e de 1979 – e conforme seus intérpretes, que, por sua vez, eram também operadores do sistema de justiça menorista.

Primeiramente, cumpre salientar que o Código de Menores de 1927 previa medidas distintas para os menores abandonados e para os menores delinquentes, enquanto o Código de 1979 trazia um único rol de medidas para aplicação aos menores em situação irregular. Nesse caso, havia um conjunto de medidas diferenciadas entre si, mas indistintamente aplicáveis aos menores que estivessem em situação de rua ou que tivessem cometido uma infração penal.

Cavallieri (1978, p. 73), porém, afirmava que as medidas então destinadas aos menores abandonados pelo Código Mello Mattos eram aplicáveis aos delinquentes desde que o juiz entendesse que elas eram adequadas, pois não havia proibição legal quanto a isso. No entanto, o contrário não era possível, isto é, estava vedada a aplicação a um menor abandonado de uma medida destinada a um menor infrator.

Importa salientar que, quando o referido autor escreveu *Direito do menor*, já fora apresentado ao Congresso o anteprojeto de um novo Código de Menores, elaborado pela Associação Brasileira de Juízes de Menores, razão pela qual já fazia referência à categoria do menor em situação irregular e à nova sistemática de medidas que seria implantada com o novo instrumento normativo.

Segundo Cavallieri (1978, p. 113), em contraposição ao Código de 1927, que etiquetava os menores como abandonados, infratores, transviados, carentes etc., o anteprojeto do Código de 1979 se pautava pela ausência de distinção entre menores e, sobretudo, pela não diferenciação de medidas. Isso porque a etiologia da situação irregular não permitiria distinções, isto é, as causas ou fatores condicionantes seriam os mesmos, indicadores, todos, da situação irregular. Por outro lado, sustentava o autor que, apesar do reconhecimento de uma mesma etiologia da situação irregular, não se podia olvidar que o menor que praticava uma infração penal se encontrava em uma situação irregular distinta.

Tal situação irregular distinta explicava, para Cavallieri, a necessidade de submissão do menor a uma justiça especializada, uma vez que a mera intervenção da assistência social não mais seria suficiente. Para ele, nesses casos, o menor ingressava no direito por meio de

⁷Conforme apontado no item 1.1 deste trabalho, o Código Mello Mattos referia-se a “menores delinquentes”, enquanto o Código de Menores de 1979, ao apresentar as hipóteses de menores em situação irregular, mencionava aqueles que tivessem praticado alguma infração penal.

atos de delinquência, isto é, por meio de sua própria conduta danosa. Não fora a pobreza que o conduzira até ali. Essa condição específica, por sua vez, justificava que o menor fosse submetido aos postulados do direito penal, desde que substituída a pena pela reeducação (CAVALLIERI, 1978, p. 114).

Nesse contexto, retomando brevemente a discussão em torno da autonomia do Direito do Menor, extrai-se da obra de Cavallieri (1978, p. 115): “Um Direito do Menor com sua amplitude atual, envolvendo a extensa gama da situação irregular, nasceu a partir do momento em que se aceitou que era mais útil educar que punir, Direito Menor que nasceu, pois, da inconformidade com o Direito Penal”.

Assim, cumpre verificar que medidas reeducativas eram essas.

Disponha o Código Mello Mattos em seu art. 68, *caput* e parágrafos⁸, que o menor de 14 anos de idade autor ou cúmplice de fato qualificado como crime ou contravenção não seria submetido, de forma alguma, a processo penal. Se o menor não fosse abandonado nem pervertido nem estivesse em perigo de o ser, seria entregue aos pais ou responsáveis. Mas, em se tratando de menor abandonado, pervertido ou em perigo de o ser, poderia ser colocado em asilo, casa de educação, escola de preservação ou anda ser confiado a pessoa idônea “por todo o tempo necessário à sua educação”, não podendo ultrapassar 21 anos de idade.

O art. 69⁹, por sua vez, estabelecia que os menores a que fosse atribuída a prática de infração ou contravenção penal e que tivessem entre 14 e 18 anos de idade seriam submetidos

⁸“Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva. § 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado. § 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos. § 3º si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis. § 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623.)”

⁹“Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda. § 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado. § 2º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco annos. § 3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no maximo”.

a um processo especial, ficando a autoridade competente incumbida de colher dados acerca do estado físico, psíquico, mental e moral do menor, bem como da situação social, moral e econômicas dos pais ou responsáveis.

Também em relação a esses menores, as medidas previstas pelo Código Mello Mattos se distinguiam de acordo com eventual estado de abandono, perversão ou de perigo de se encontrar nessas circunstâncias. Se os menores não fossem abandonados, nem pervertidos nem estivessem em perigo de o ser, deveriam ser recolhidos a escolas de reforma pelo período de um a cinco anos. Se, por outro lado, fossem abandonados, pervertidos ou estivessem em perigo de o ser, seriam internados em uma escola de reforma por um período de, no mínimo três e, no máximo, de sete anos.

Ocorre que, em 1967, foi decretada pelo Congresso Nacional a Lei nº 5.258, de 10 de abril de 1967, que, posteriormente, veio a sofrer alterações pela Lei nº 5.439/1968. De acordo com esse diploma legal, as medidas aplicáveis aos menores entre 14 e 18 anos que tivessem cometido infrações penais não eram fixadas por tempo determinado, adotando-se, de forma expressa, a periculosidade do menor como critério. Assim, se os motivos, as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciassem periculosidade, o juiz poderia optar entre entregá-lo aos pais ou responsáveis, confiá-lo a terceiro ou interná-lo em estabelecimento de reeducação, podendo a medida ser revogada a qualquer tempo. Em contrapartida, caso os motivos, as circunstâncias do fato e as condições do menor evidenciassem a sua periculosidade, este seria internado em estabelecimento adequado até que a cessação daquela fosse declarada.

Além disso, se o menor atingisse 21 anos sem que sua periculosidade tivesse cessado, seria encaminhado ao sistema penal, transferido para uma colônia agrícola, instituto de trabalho, reeducação ou de ensino profissional. Sua liberação só poderia ser determinada pelo juiz criminal, mediante perícia técnica que constatasse não mais se tratar de sujeito perigoso.

Logo, evidencia-se que o elemento central na determinação das medidas aplicáveis aos menores entre os anos de 1967 e 1979 era o perigo supostamente oferecido por aquele indivíduo, o qual só poderia ser liberado após verificação do fim da periculosidade, resultado de um processo de reeducação e de submissão ao trabalho. Mesmo antes, porém, isto é, entre os anos de 1927 e 1967, quando vigiam as disposições do Código Mello Mattos, tem-se que a gravidade das medidas aplicáveis aos menores delinquentes, aqui refletida nos distintos prazos de fixação das medidas, se vinculava à constatação ou não de um estado de perigo,

haja vista o conjunto de situações que aquela lei entendia determinantes de abandono ou perversão¹⁰.

O Código de Menores de 1979, por sua vez, ao trazer um rol único de medidas aplicáveis a todos os menores em situação irregular, não previa prazos fixos para as medidas, o que, de acordo com Cavallieri, demonstraria a sua compatibilidade com os tempos modernos, uma vez que uma pena calculada aritmeticamente, com mínimos e máximos rígidos, não se dirigiria a pessoas, a seres humanos, mas a componentes de uma reação química (CAVALLIERI, 1978, p. 142).

Assim, conforme os arts. 13 e seguintes da Lei nº 6.697/1979, além de não serem previstos tempos de cumprimento específicos para as medidas, eram também possíveis a sua cumulação e substituição, inclusive, de ofício, pela autoridade judiciária, tudo segundo a finalidade que se pretendia atingir, qual seja, a reeducação do menor e sua “integração sócio-familiar”. Enquanto a cumulação era admitida quando as medidas fossem compatíveis entre si, a substituição pressupunha a troca de uma medida por outra também prevista na legislação, desde que a primeira tivesse fracassado ou se mostrado inadequada.

O rol de medidas do Código de Menores de 1979, revogado apenas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), da mais leve à mais grave, era o seguinte: advertência; entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto, nas modalidades de guarda tutela, adoção simples e adoção plena; imposição do regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Ainda que de forma breve, cumpre fazer algumas observações acerca de algumas dessas medidas. Primeiramente, quanto à possibilidade de colocação do menor que tivesse cometido infração penal em lar substituto (art. 2º, VI, da Lei nº 6.697/1979). Nesse caso, havia a necessidade de suspensão ou destituição do pátrio poder dos genitores, destituição do tutor ou perda da guarda, comprovando-se que a situação irregular do menor, evidenciada na prática da infração penal, teve a contribuição dos pais ou responsável.

A submissão do menor à medida de liberdade assistida, por outro lado, era prevista apenas nos casos de menores considerados em situação irregular por apresentarem desvio de conduta ou por terem cometido alguma infração penal. A medida, segundo o art. 38, da Lei nº 6.697/1979, tinha como objetivo “vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor”, razão pela qual,

¹⁰Conferir item 1.1. do trabalho.

segundo os intérpretes da lei, distinguia-se da liberdade vigiada¹¹. Enquanto esta consistiria em mera fiscalização da conduta do menor, a liberdade assistida compreenderia também uma assistência material, educacional e moral ao menor (PAULA, 1989, p. 88).

Há que se salientar ainda, no que toca à liberdade assistida, que, mesmo antes de ter sido formalmente prevista pelo Código de Menores de 1979, já funcionava o Serviço de Liberdade Assistida do Juizado de Menores do Rio de Janeiro, à época em que Alyrio Cavallieri, autor de *Direito do Menor* – por ele mesmo referenciada como a primeira doutrina na área¹² – ali exercia as funções de juiz titular. De acordo com ele, Mello Mattos, ao redigir o Código de 1927 e tratar dos menores abandonados e delinquentes, não poderia prever que, na década de 60, os próprios pais levariam os filhos pelos braços aos gabinetes dos juizes de menores exigindo providências em relação ao comportamento dos infantes que apresentavam desvio de conduta atípica, em “perigo moral”.

Conforme narra Cavallieri (1978, p. 121), o Serviço de Liberdade Assistida do Juizado de Menores do Rio de Janeiro se especializou no atendimento de menores com problemas de tóxicos, mesmo que não tivessem sido objeto de procedimento policial. “Há casos em que foram frustrados todos os esforços de médicos e psicólogos das famílias; entretanto, quando o tratamento é imposto no âmbito de uma dependência da justiça, podendo ser invocada, se necessária, a figura do juiz, as coisas tomam um rumo certo”.

Ademais, tendo em vista a abordagem proposta, é importante analisar a medida de internação, que, na análise de Paulo Afonso Garrido de Paula (in CURY, 1987, p. 145) apresentava duas finalidades distintas: educativa, quando “[...] o estabelecimento escolhido reúne condições de conferir ao infrator escolaridade, profissionalização e cultura, visando dotá-lo de instrumentos adequados para enfrentar os desafios do convívio social” e curativa, quando o desvio de conduta tem origem em alguma patologia, “cujo tratamento a nível terapêutico possa reverter o potencial criminógeno do qual o menor infrator seja o portador.” Nesse caso, a internação ocorre em estabelecimento ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico.

¹¹A liberdade vigiada era regulamentada nos arts. 92 a 100 do Decreto nº 17.943-A, de 1927, e podia ser concedida de ofício pelo juiz ou mediante iniciativa do diretor da escola de reforma, quando o menor tivesse completado 16 anos de idade; cumprido o tempo mínimo de internação; se não houvesse praticado outra infração; se fosse considerado “normalmente regenerado”; se estivesse apto a ganhar a vida por meios idôneos e se a pessoa ou família em cuja companhia tivesse de viver fosse idônea, a ponto de se presumir que o menor não cometera outra infração. A liberdade vigiada, ademais, também poderia ser aplicada sempre que a autoridade a julgasse necessária à segurança ou moralidade do menor.

¹² Conferir nota de rodapé 4.

Campos (1979, p. 108), por sua vez, observa que é preciso compreender sob que perspectiva são compatíveis as ideias de reeducação e de privação de liberdade. Segundo ele, embora seja “[...] sumamente importante a proteção da sociedade, em consequência do aumento da periculosidade dos nossos menores, uma realidade incontestável, e que, portanto, não pode ser negligenciada”, a segurança aqui deve ser tratada por meio do processo de readaptação social dos menores.

Frise-se, a despeito da posição majoritária entre os autores menoristas quanto à impossibilidade de submissão dos menores a uma pena, que Garrido de Paula (in CURY, 1987, p. 134), ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, afirmava que as medidas do art 14 do Código de 1979, embora apresentassem caráter nitidamente educativo, materializavam também formas de imposição da vontade do Estado na vida privada do cidadão, prevendo, inclusive, restrição e privação de liberdade, evidenciando assim também o objetivo penalizante das medidas, “meio que o legislador encontrou para prevenir, na sua forma geral ou específica, a criminalidade infanto-juvenil”. Nesse sentido, o autor alertava para que não se caísse numa defesa simplista da educação ou reeducação, o que poderia redundar na indevida negação aos menores de garantias materiais e processuais.

Finalmente, é preciso observar que ambos os Códigos de Menores traziam disposições relativas à prevenção de situações de abandono, delinquência, enfim, de situação irregular. Nelas, é perceptível a centralidade do elemento perigo, bem como a dimensão dos poderes conferidos aos juízes de menores, que podiam emitir, para a proteção, vigilância e assistência destes qualquer provimento ou portaria, que ao seu prudente arbítrio parecesse conveniente (art. 131 do Código de Menores de 1927 e art. 8º do Código de Menores de 1979) e a quem já competia, conforme observado acima, a livre determinação de medidas, de acordo com sua interpretação do caso concreto a partir do duvidoso critério da periculosidade.

Tais disposições, porém, diante dos limites deste trabalho, que enfoca a atuação jurisdicional apenas em relação ao menor infrator, não serão objeto de análise mais aprofundada, merecendo algum destaque no próximo tópico tão somente por permitirem que se compreenda, com maior precisão, a imagem (auto)construída dos juízes de menores e ainda por não se poder olvidar que, para os diplomas legais anteriores ao Estatuto, existia uma linha de continuidade entre a insuficiência de medidas preventivas e a necessidade de medidas de tratamento, conforme já pontuado anteriormente.

1.2.4. A imagem e os poderes do juiz de menores

Era justamente o poder de prevenção dos juízes de menores, comentado ao final do último tópico, que permitia a sua atuação também em relação aos menores que não fossem “comprometidos em sua adaptação social”, evitando seu “desajuste, físico ou moral”, por meio da fiscalização de espetáculos, obrigações escolares, etc., possibilidade celebrada por Carvalho (1977, p. 20), na medida em que o juiz, praticamente equiparado ao legislador, tinha, em relação a este, a vantagem de ser ver livre de formalidades que, por vezes, atravancavam o processo legislativo.

Nesse sentido, verifica-se que Carvalho era um entusiástico defensor da assistência educativa, inovação do direito francês que permitia ao juiz de menores intervir nas famílias quando a saúde, segurança, moralidade ou educação do menor estivessem em perigo ou comprometidas, bem como determinar, nesses casos, as medidas de assistência ao seu alcance. Tanto é assim que, ao escrever *Direitos fundamentais do menor*, em 1979, afirma ser estarrecedor que o projeto brasileiro de um novo Código de Menores, então tramitando no Senado, ignorasse o instituto e pretendesse transformar o juiz de menores numa simples autoridade policial a serviço da Funabem (CARVALHO, 1979, p. 18).

A posição de Cavallieri, em contrapartida, é a de defesa de um juizado de menores sem função executiva – imagem que, segundo ele, teria se consolidado em todo o país por força do modelo implantado no Rio de Janeiro por Mello Mattos. Para o autor de *Direito do Menor*, “inventor” da primeira doutrina menorista do Brasil, a prestação de uma assistência social direta configuraria uma impropriedade teleológica e uma contradição técnico-doutrinária, além de uma inconveniência prática:

Por mais chocante e desesperador que possa ser a realidade, a verdade é que o juiz de menores nada, absolutamente nada deve nem pode fazer no campo da assistência direta. Ele é o homem dos efeitos e não pode ir às causas. Tal como o juiz criminal, condenado a esperar que os homens se tornem criminosos para se ocupar deles, o juiz de menores trata daqueles que chegaram à situação irregular, para dispensar-lhes o tratamento (CAVALLIERI, 1978, p. 19).

Esse posicionamento, contudo, não impediu que Cavallieri (1978, p. 254-255), ao descrever o papel a ser desempenhado pelo juiz de menores, citando Gaston Fédou, presidente do Tribunal de Menores de Paris, sustentasse ser ele o juiz das relações humanas, com atribuição para intervir no coração dos conflitos existentes entre os menores e a sociedade, entre ele e sua família. Ademais, ao juiz de menores também competiria ir além da família e

de seus julgamentos, acompanhar as medidas decretadas e ser uma autoridade real e reconhecida.

O mesmo autor traz ainda uma série de peculiaridades de aspecto pessoal que deveriam ser observadas pelo juiz de menores. Enquanto os magistrados, de modo geral, caracterizar-se-iam pela introversão e solidão, o juiz de menores deveria ter uma situação familiar definida, preferencialmente, com filhos menores de 18 anos de idade; espírito de liderança; bom relacionamento e facilidade de comunicação, porque teria o dever de se dirigir à comunidade para explicar, aconselhar e advertir, dando exemplo de “vida reta” no seio da comunidade.

A justificativa para tanto estaria no fato de que o juiz de menores era visto como aquele que “convive com a parte mais sofrida da humanidade, o jovem que pecou e caiu e que possui dentro de si todas as condições de levantar-se se lhe estendem a mão [...]” (CAVALLIERI, 1978, p. 258).

Sob o mesmo viés, tem-se o ilustrativo pensamento de Liborni Siqueira, para quem o juiz de menores seria, acima de tudo, um educador. Isso porque, diante do cometimento de um ato antissocial, entendia o autor que o menor, sob a égide da legislação menorista, estava submetido a um sistema de tratamento psicopedagógico que objetiva a sua reintegração sociofamiliar. De acordo com as palavras de Siqueira, o juiz de menores:

Em verdade, será o mestre, para ensinar o novo caminho aos que se perdem na estrada da vida. Será o pai, que o menor não teve, em razão de uma paternidade irresponsável, ou pelo abandono na orfandade. Será o sociólogo, para a interpretação correta dos fatos sociais. Será o psicólogo, para situar o menor dentro do contexto emocional que se lhe apresenta. Será o confessor, para ouvir e diluir todos os males que a fé cristã exalta. Será o perene idealista, para manter acesa a chama de esperança nos dias futuros. Depois de tudo isto, poderá ser o Juiz de Menores (SIQUEIRA, 1992, p. 52).

Em termos mais concretos, é possível demonstrar quão amplos eram os poderes dos juízes de menores por meio de dois exemplos. O primeiro diz respeito à criação do Serviço de Liberdade Assistida do Juizado de Menores do Rio de Janeiro, brevemente comentado no item anterior deste trabalho, quando se discutiu a origem da referida medida. Conforme depoimento de Cavallieri a Cláudio Figueiredo (2005, p. 80-81), as décadas de 1960 e 1970 foram a “era da onda da droga e da pornografia [...], do *gap* entre as gerações, da desobediência, das atitudes agressivas”, quando começaram a surgir casos de “meninos e meninas”, “moços e moças” que não se encontravam em estado de abandono nem tinham cometido crimes, mas desobedeciam aos pais, que procuravam o juizado de menores para

resolver essas situações, muito embora este, legalmente, tivesse competência apenas em relação aos menores abandonados e delinquentes.

As experiências de aconselhamento levaram à criação, sem que houvesse uma lei para isso, de uma seção, no Juizado de Menores do Rio de Janeiro, que foi chamada de Serviço de Liberdade Assistida, funcionando, à época, com um assistente social e um psicólogo, no prédio do próprio juizado. Segundo Cavallieri, o serviço se voltava para o atendimento de casos que não exigiam processo, nem prisão, resolvidos por meio do uso de persuasão: o jovem era informado pelo assistente social que deveria dizer a verdade, “pois o juiz estava ali em cima”¹³.

Os bons resultados obtidos por meio da persuasão foram considerados pelo grupo de juízes que, em 1970, elaborou um projeto de Código de Menores para substituir aquele de 1927 e incluiu no elenco de casos que seriam da competência do juiz, “um tipo novo de problema”, o chamado menor com desvio de conduta. “Isso existiu de 1979 até o malfadado ano de 1990, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente eliminou este título, naturalmente com grave prejuízo para a população” (CAVALLIERI, 2005, p. 80-81).

O segundo exemplo é a Portaria 09/90 de 23/02/90, emitida por Liborni Siqueira, à época, ainda exercendo as funções de juiz de menores do Rio de Janeiro, a qual determinava o recolhimento de crianças (indiscriminadamente chamadas de “menores” e “pequeninos” pelo autor) de até seis anos de idade que se encontrassem em estado de abandono e marginalização social.

Nos textos que publicou a respeito no *Jornal do Commercio*, Siqueira defendia a portaria não só sob o argumento de que se alcançara um nível de “saturação da patologia social”, causada pela “deseducação, desagregação familiar, miséria, fome, degradação moral, droga e prostituição”, mas também porque o projeto era integrado por fundações e voluntários técnicos, bem como pela Divisão de Segurança e Proteção do Menor e pelo Núcleo Especializado de Atendimento ao Menor da Polícia Militar, todos voltados para a aplicação de técnicas adequadas de proteção dos infantes, com a elaboração de um estudo da família e, em últimos casos, com a internação da criança.

¹³É interessante trazer, nesse sentido, a posição de Cavallieri acerca da importância dos profissionais de outras áreas das ciências sociais, como Psicologia e o Serviço Social. Para ele, o suporte técnico era imprescindível à decisão, mas não poderia servir de subterfúgio para que o juiz não julgasse. Ainda, acerca do conteúdo dos laudos psicossociais elaboradas sob a égide do sistema menorista, cumpre conferir a obra *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, de Vera Malaguti Batista, a qual, sob outro enfoque, servirá de aporte teórico ao terceiro capítulo deste trabalho.

Contudo, o enfoque dos artigos publicados era a indignação de Siqueira diante dos protestos contra a portaria de recolhimento, ocorridos na Câmara de Vereadores e na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, a qual sobressaía no tratamento sarcástico que dispensava aos “grupos de interesse” em “defesa” da criança. Atingia seu ápice, porém, ao citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, ao proibir o tipo de medida preconizada pela referida portaria, teria garantido às crianças carentes o “direito” de, tal qual “os perambulantes, vadios e sem rumo na vida” (SIQUEIRA, 1992, p. 100), permanecerem na sarjeta, uma vez que somente poderiam ser recolhidas quando em flagrante de ato infracional.

O autor ainda afirmava que o recolhimento das crianças não era atribuição sua enquanto magistrado, mas que o fazia de acordo com os princípios da solidariedade humana e cristã. Mencionava, como caso análogo, a paralisação, pela Polícia, do combate aos menores infratores e asseverava como a “proteção” do Estatuto (as aspas são do autor) levaria a sociedade, em pouco tempo, a exigir a redução da responsabilidade penal do menor.

Em outro texto, sua indignação se concretizou em alerta aos pais, novamente evidenciado nas aspas e expressões entre parênteses:

Como dizem os ‘Estatutistas’, o Estatuto colocou os Juízes de Menores (fariseus da criança e do adolescente) no seu devido lugar. O Código de Menores (instrumento fascista e produto do regime ditatorial) foi revogado. Surge uma nova era, sem disciplina, sem censuras, sem limites, com o Município atingindo sua maioria e repleto de recursos. Os pais que se cuidem. Quem viver verá... (SIQUEIRA, 1992, p. 82).

Confirma-se, assim, a descrição da (auto)imagem e dos poderes do juiz de menores já comentados acima.

2. O MODELO PROTETIVO

O objeto de estudo do segundo capítulo deste trabalho pode ser cronologicamente localizado no momento histórico em que se encerrou o capítulo precedente, isto é, quando, num intervalo de dois anos, foi promulgada a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente –, considerados os instrumentos jurídicos de rompimento com o paradigma da situação irregular e instituidores do paradigma da proteção integral à criança e ao adolescente.

Assim, pretende-se agora discutir os elementos característicos do modelo protetivo, abordando, primeiramente, as críticas formuladas por estudiosos e operadores do sistema de justiça à doutrina da situação irregular e o movimento político que levou à positivação em nosso ordenamento jurídico da doutrina da proteção integral. A partir disso, quer-se identificar e avaliar os postulados centrais desse novo modelo – o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e de que se encontram em uma condição peculiar de desenvolvimento – bem como suas implicações.

Nosso foco, porém, é o adolescente em conflito com a lei e sua relação com o Poder Judiciário, razão pela qual, num segundo momento, procura-se observar as diferenças e possíveis aproximações entre as hermenêuticas respaldadas pela socioeducação: a hermenêutica do Direito Penal juvenil e a da responsabilização estatutária. Para tanto, apresenta-se discussão em torno do caráter da medida socioeducativa a partir das manifestações daqueles que se propuseram a interpretar o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, com o intuito de estabelecer certo paralelismo com o capítulo anterior, de modo a, posteriormente, permitir uma análise comparativa, sob a lupa da Criminologia crítica, busca-se ilustrar a tutela jurisdicional do adolescente em conflito com a lei proposta pelo modelo protetivo, indicando as espécies de medidas socioeducativas e o papel do juiz da infância e da juventude, bem como dos demais atores do sistema de justiça juvenil, no processo de apuração de ato infracional.

2.1. A doutrina da proteção integral

2.1.1. Crítica à doutrina da situação irregular como ponto de partida para a construção da doutrina da proteção integral

Adota-se para o presente tópico uma abordagem um pouco distinta daquela escolhida para a apresentação do modelo menorista. Isso porque se toma como ponto de partida para o esclarecimento dos postulados da doutrina da proteção integral e, por conseguinte, para a identificação dos elementos centrais do modelo protetivo, a crítica formulada por juristas e profissionais de outras ciências sociais à doutrina da situação irregular.

Frise-se, nesse sentido, colocação de Martha de Toledo Machado (2003, p. 54), promotora de justiça do Estado de São Paulo e professora de Direito da Criança e do Adolescente na PUC-SP, segundo a qual, para se tratar da doutrina da proteção integral, cumpre, primeiramente, discorrer sobre o direito de menores que a antecedeu, pois não seria possível se alcançar uma análise rigorosa do novo direito sem clareza sobre as enormes diferenciações de concepção entre os dois paradigmas.

Num primeiro momento, portanto, serão apresentadas, de modo genérico, as ressalvas elaboradas não só aos Códigos de Menores brasileiros, mas sim ao conjunto de legislações latino-americanas identificadas como menoristas, justamente por se reconhecer que o processo que levou à adoção da doutrina da proteção integral no Brasil partiu da crítica ao modelo anterior e se inseriu em um contexto mais amplo de reivindicação de direitos para crianças e adolescentes.

Finalmente, também de forma preliminar, cumpre ressaltar que as críticas à doutrina da situação irregular serão aqui apresentadas, a princípio, sem o contraponto dos autores do chamado modelo menorista e, portanto, sem que seu conteúdo seja, de pronto, esgotado. Quanto às objeções ao sistema especial de garantias positivado na Constituição Federal brasileira e, principalmente, às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, terão seu destaque em momento oportuno.

A apresentação da doutrina da situação irregular por seus críticos, quase sempre, se inicia pela constatação de que ela operava uma divisão entre duas infâncias, depreendendo-se do conjunto de objeções, que esta também seria a sua mais grave falha ou, em outros termos, sua característica de mais severas e danosas consequências.

De acordo com Emílio García Mendez (in SIMONETTI et al, 1992), jurista argentino, professor da Universidade de Buenos Aires e participante do III Seminário Latino-Americano

Do Avesso ao Direito: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina, que teve lugar na cidade da São Paulo, entre os dias 19 e 23 de outubro de 1992, as leis menoristas então vigentes na América Latina ou recentemente revogadas (caso do Brasil à época), enquanto regulavam os menores, eram absolutamente indiferentes às crianças e aos adolescentes.

Para estes, a discricionariedade da legislação permitia – ou, segundo o autor, exigia – que eventuais conflitos com a lei penal se resolvessem por canais distintos daqueles previstos no texto da lei. De igual maneira, os conflitos de natureza não penal resolviam-se normalmente através do Código Civil ou das leis conexas¹⁴, razão pela qual assevera García Mendez que a expressão que melhor sintetizava essa categoria de sujeitos era a de “criança impune-proprietária”.

Os outros, isto é, os menores, seriam as “crianças sancionadas-expropriadas”, a indicar a repressão a que eram submetidos pelas leis baseadas na doutrina da situação irregular e também sua condição social. De acordo com o referido autor, a legislação menorista condicionava e determinava a existência cotidiana desse grupo de indivíduos desde o nascimento até sua eventual “transferência” social, via adoção ou submissão a algum tipo de confinamento institucional, através da internação (GARCÍA MENDEZ in SIMONETTI et al, 1992, p. 26).

No mesmo sentido, a complementar as observações de García Mendez, observa-se que, para Machado (2003, p. 47), o direito do menor tinha como uma de suas principais características uma confusão conceitual entre carência e delinquência, o que faria dele um direito triplamente iníquo. Seria iníquo, em primeiro lugar, por ter criado uma cisão entre crianças e jovens em situação regular e em situação irregular, assegurando àqueles “uma legislação própria e razoavelmente dotada das garantias iluministas”, enquanto estes não mereceriam esse “direito material e processual mais civilizado”.

Além disso, conforme a mesma autora, o direito do menor teria possibilitado a implementação de medida de privação de liberdade de muitos infantes cuja única falta fora o nascimento em famílias pobres.

Finalmente, o direito do menor seria iníquo por ter derrubado todas as garantias – reserva legal, contraditório e ampla defesa – dos autores de crimes inimputáveis em razão da idade, sob o falacioso argumento de que o Estado, ao lhes privar da liberdade, estava

¹⁴A esse respeito, remete-se o leitor à nota de rodapé 2 deste trabalho, quando foram mencionadas as diferentes modalidades de adoção previstas na legislação menorista brasileira.

aplicando uma medida protetiva. Assim, constituía-se tal direito de modo a mascarar as fundas violações aos Direitos Humanos mais elementares.

Aqui cumpre que se retomem as ideias expostas por García Mendez quando da sua participação no seminário de 1992. A fim de ilustrar as transformações trazidas pela doutrina da proteção integral, o autor elenca cinco fundamentos básicos sobre a “criança sancionada-expropriada”, ou seja, cinco elementos fundamentais do menorismo.

O primeiro diz respeito à caracterização da situação irregular enquanto doutrina. De acordo com García Mendez, diferentemente do que ocorre em outros ramos jurídicos, a ideologia da compaixão-repressão determinou uma uniformidade de pontos de vista da produção teórica do direito de menores. Isso decorreria, segundo o autor, do fato de que a piedade se manifestava como dogma e de que foram os juízes de menores, responsáveis pela aplicação da doutrina, que, em sua maioria, a elaboraram. Na verdade, para o jurista argentino, a doutrina da situação irregular, ao não pré-estabelecer regras claras, nada tinha de jurídico, mas era sim uma colcha de retalhos legitimadora da ação estatal sobre sujeitos vulneráveis.

O juiz também foi apresentado por García Mendez como um aspecto fundamental do menorismo. Segundo ele, enquanto, no direito moderno, a figura do magistrado aparece como a face oposta da arbitrariedade e da discricionariedade, dirimindo imparcialmente conflitos, mediante sujeição estrita à lei, o juiz de menores é a representação institucional da ideologia da “compaixão-repressão”. Cita, nesse sentido, os textos clássicos sobre o direito do menor, que entediam que o papel do juiz de menores se equiparava, dentre outros, ao de um bom pai de família, quando não asseveravam ser desejável que o juiz, de fato, ocupasse em sua vida pessoal essa posição¹⁵.

A partir disso, García Mendez afirma – o que evidentemente não encontra correspondência nos textos menoristas – que, entre as inúmeras obrigações do bom pai de família não figura a de conhecer o direito para sua correta aplicação. Logo, o caráter absolutamente discricionário das funções exercidas pelo juiz de menores o colocaria na situação paradoxal de estar, tecnicamente, impossibilitado de violar o direito. Além disso, as decisões desse juiz não estariam submetidas, na prática, à revisão por instâncias superiores, haja vista a escassa ou nula importância dada às matérias sob sua jurisdição. O papel do juiz de menores seria, afinal, o de iludir a opinião pública no sentido de algo estava sendo feito diante do “problema dos menores”.

¹⁵ A esse respeito, cumpre conferir o que sobre o juiz de menores, sua imagem e seus poderes, no tópico 1.2.3 deste trabalho.

Finalmente, ressalta García Mendez (in SIMONETTI et al, 1992, p. 30) que a doutrina da situação irregular se pautava pelo assistencialismo, pela subestimação do vínculo entre a condição material e jurídica da infância e a omissão da sociedade civil, cuja percepção seria distorcida justamente pelo teor assistencialista das respostas apresentadas às questões da infância, isto é, por serem respostas fragmentárias, causariam a impressão de que problemas de profunda raiz estrutural eram, de fato, patologias de caráter individual.

Assim, em síntese, pode-se afirmar que as críticas dirigidas ao modelo menorista se referiam à divisão da infância em duas categorias – uma em situação regular e outra em situação irregular – às quais eram aplicadas, por suas diferentes condições socioeconômicas, também diferentes leis, assegurando às crianças “bem-nascidas” direitos que não eram reconhecidos aos “menores”. As principais ressalvas também se ocupavam da doutrina menorista, do nebuloso arcabouço legal que legitimava a ação estatal repressiva sobre os menores e da figura de destaque dessa ação: o juiz. A atuação deste era vista não apenas como atécnica, mas também como absolutamente discricionária e, por conseguinte, arbitrária.

Tendo elaborado os principais pontos da crítica, García Mendez (in SIMONETTI et al, 1992) se propõe a apontar, num segundo momento, as grandes transformações operadas pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ou, conforme a expressão que dava nome ao seminário, depois de se tratar do “avesso”, o autor passa a discorrer sobre o “direito”. Toma-se essa exposição como pano de fundo para a apresentação das características centrais e genéricas da doutrina da proteção integral.

Antes, porém, é interessante salientar, especialmente considerando a abordagem que se pretende traçar no terceiro capítulo deste trabalho, que García Mendez entendia como indubitável a radical ruptura representada pela Convenção em termos do enfoque jurídico da infância. Nas palavras dele, trata-se “[...] de um instrumento decisivo e fundamental que torna ociosa qualquer discussão que ponha em dúvida a compreensão da categoria infanto-adolescência como dotada de sujeitos plenos de direitos” (GARCÍA MENDEZ in SIMONETTI et al, 1992, p. 30), no que é acompanhado por grande parte da doutrina¹⁶.

Em contraposição à infância cindida entre regular e irregular do direito dos menores, o ponto nevrálgico do novo direito, no contexto da doutrina da proteção integral das Nações Unidas é, segundo o jurista argentino, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito pleno de direitos, sem distinções entre categorias de infantes.

¹⁶ Acerca da importância da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e da ruptura com o paradigma da situação irregular por ela provocada, indica-se a obra *Os direitos da criança e do adolescente*, de Josiane Rose Petry Veronese, lançada pela LTr.

A esse respeito, muito embora García Mendez não faça referência a outros instrumentos internacionais além da Convenção de 1989, cumpre observar, conforme Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 26), que as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), de 1985; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, de 1990 e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), de 1990, também adotaram a doutrina da proteção integral como fundamento jurídico, preconizando que o direito da criança não deveria ser exclusivo de uma categoria de menor, classificado como carente, abandonado ou infrator, mas sim se dirigir, igualmente, a todas as crianças e adolescentes.

Aliás, a percepção de que a doutrina da situação irregular tinha um conteúdo discriminatório, implícita em quase todas as colocações de seus críticos, foi também expressa e veementemente reconhecida por eles. Conforme Liberati (2006, p. 28), era claro o “sentido ideológico e segregacionista” do conceito de menor em oposição ao conceito de criança, pois, enquanto aquele era o infrator, esta era a filha de família dotada dos suficientes recursos para lhe garantir o acesso a uma boa escola, boas roupas, médicos, etc.

Por isso, assevera o mesmo autor, a partir do momento em que a doutrina da proteção integral outorgou o status de sujeito de direitos às crianças e adolescentes, houve uma verdadeira mudança de paradigma (LIBERATI, 2006, p. 29).

Ainda, retornando às observações de García Mendez, por se tornar um instrumento complexo que exige profundo conhecimento do direito, a nova legislação para a infância pressupõe um juiz cuja ação adote como parâmetro uma fundamentação rigorosa das medidas e uma correta e ponderada interpretação da lei. Em outros termos, nesse contexto, o bom pai de família deixou de ser critério para a escolha do magistrado. Ademais, as bases para “substituição da arbitrariedade pela justiça”, nos termos do autor, estão na divisão de competências e responsabilidades com o Ministério Público, assim como na obrigatoriedade da presença do advogado¹⁷.

García Mendez (in SIMONETTI et al, 1992, p. 33) assevera, por outro lado, que a infância em risco, sob a perspectiva da proteção integral, passa a ser percebida como resultado direto da omissão ou da inexistência de políticas sociais básicas. E, especificamente no que toca aos adolescentes em conflito com a lei, afirma que “a assistência deve transformar-se

¹⁷Em razão dessa característica é que se incluiu, neste capítulo, diferentemente do anterior, não só análise acerca do juiz da infância e da juventude, mas também do Ministério Público e do advogado. Tais atores não são, contudo objeto central do trabalho e, por conseguinte, merecerão menor destaque.

numa política estrita de garantias que colabore na confirmação da categoria adolescente infrator como uma precisa categoria jurídica e nunca mais como uma vaga categoria sociológica”.

Finalmente, pontua que as organizações não-governamentais terão importante papel como fiscais de direitos e que, em relação à sociedade civil, será necessário um “trabalho de esclarecimento destinado a demonstrar a impossibilidade de uma sociedade realmente democrática e moderna com uma infância postergada em suas necessidades vitais” (GARCÍA MENDEZ in SIMONETTI et al, 1992, p. 34).

Logo, acerca de cada um dos elementos característicos da doutrina da situação irregular, tem-se o contraponto da doutrina da proteção integral, cujos fundamentos podem ser sintetizados no reconhecimento de uma infância única, à qual são assegurados os mesmos direitos; na identificação de um juiz da infância e da juventude com poderes limitados pela lei e pela atuação efetiva do Ministério Público e defensores; no desenvolvimento de políticas públicas para crianças e jovens e na inclusão da sociedade como responsável pela garantia do atendimento das necessidades infantis.

2.1.2. A recepção da doutrina da proteção integral pela Constituição Federal brasileira de 1988

Delineada no item anterior em termos genéricos, cumpre aprofundar a caracterização do modelo protetivo tratando especificamente de sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo surgimento deve ser contextualizado.

Na década de 80, com o denominado processo de redemocratização do país, também se passou a discutir a questão da infância e, em especial, a necessidade de uma resposta ao crescente número de crianças e jovens moradores de rua. A partir disso, desenvolveu-se o projeto “Alternativas de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua”, que buscava identificar novas formas de enfrentamento dessa problemática e que culminou no Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – o MNMMR¹⁸.

¹⁸Para aprofundamento no tema, sugere-se: FIGUEIREDO, Mauro Teixeira de; SCHERER-WARREN, Ilse. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. O avesso da violência: o movimento nacional de meninos e meninas de rua e a luta pela cidadania para crianças e adolescentes no Brasil. 1996. vii, 142f Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 1996.

Enquanto catalisadora do movimento “A Criança e a Constituinte”, é possível afirmar que a coordenação do MNMMR acabou garantindo, na nova Carta Magna do país, a inclusão de dispositivos que estabeleceram os direitos de crianças e adolescentes. Os textos dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988¹⁹, conforme preleciona Andréa Rodrigues Amin, titular da 22ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquérito da Comarca da Capital do Rio de Janeiro e colaboradora na obra coordenada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, resultaram da fusão de duas emendas populares, que levaram ao Congresso as assinaturas de quase duzentos mil eleitores e de mais de um milhão e duzentos mil “cidadãos-crianças e cidadãos-adolescentes” (AMIN in MACIEL, 2011, p. 8).

Em síntese, pode-se dizer que o art. 227 da Constituição Federal dispõe que a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes se dará com absoluta prioridade e de forma compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade, enquanto o art. 228 estabelece o idade da imputabilidade penal em 18 anos²⁰.

É nesse contexto que Martha de Toledo Machado (2003, p. 105) identifica a positivação de um sistema especial de proteção à criança e ao adolescente, o qual viria expressamente referido no parágrafo 3º do artigo 227, mas não se reduziria às garantias ali indicadas. Segundo a autora, o especial sistema protetivo voltado para os infantes permearia todo o artigo 227 e o artigo 228, manifestando-se, ainda, mesmo que subsidiariamente, nos artigos 226, *caput* e §§3º, 4º, 5º e 8º e 229, primeira parte, e relacionando-se com os incisos XXXIII e XXX do artigo 7º e o §3º do artigo 208, todos da Constituição Federal²¹.

Mais importante do que a identificação dos dispositivos constitucionais é, contudo, a indicação do que justificaria a outorga de um regime especial de salvaguardas a crianças e adolescentes. Esse fundamento, de acordo com Machado (2003, p. 109-134), é a peculiar

¹⁹Cumprir notar que ambos os dispositivos constitucionais sofreram alterações em sua redação a partir da EC 65/2010, que também acresceu ao artigo a categoria “jovem” e passou a prever, no § 8º no art. 227, que “A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”. Concordando com Lima e Veronese (2012, p. 54), entende-se que, em consonância com esse dispositivo, a juventude deve ser contemplada por doutrina própria, razão pela qual o tema não será tratado neste trabalho.

²⁰A respeito da maioridade penal, confira-se o item 2.2.1. deste trabalho.

²¹Enquanto o art. 226 trata da família, dispondo, especificamente nos parágrafos mencionados, acerca da entidade familiar constituída por qualquer dos pais e seus descendentes; sobre o igualitário exercício de direitos e deveres pelos membros do casal e ainda sobre a criação de mecanismos que coíbam a violência nas relações familiares. Por sua vez, o art. 229, primeira parte, estabelece que o dever dos pais em cuidar dos filhos menores de idade. Os incisos XXX e XXXIII do art. 7º preveem, respectivamente, a garantia de igualdade salarial, independentemente de idade e a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de 18 anos de idade, enquanto o art. 208, em seu parágrafo 3º, trata do dever do Poder Público em recensear os estudantes do Ensino Fundamental, fazer chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela sua frequência escolar.

condição de desenvolvimento de crianças e adolescentes e, por conseguinte, a situação de vulnerabilidade em que se encontram por esse motivo, mas, principalmente, a força potencial que crianças e adolescentes representam para a nação.

Sob essa perspectiva, cumpre que se interprete, num primeiro momento, o que constitui a peculiar condição de desenvolvimento apresentada por crianças e adolescentes e por que isso os identifica enquanto sujeitos vulneráveis. Para tanto, Machado adota o conceito de personalidade e afirma que, no caso de crianças e adolescentes, aquela ainda se apresenta em processo de formação, ou seja, crianças e adolescentes ainda se encontram em estágio de desenvolvimento de suas potencialidades humanas adultas.

Trata-se, adverte a autora, de uma personalidade com conteúdo distinto, mas que não deve ser vista tão somente como meio para se alcançar a personalidade adulta. A seguir, conclui: “E da aceitação dessa premissa, em primeiro lugar, emerge, com clareza solar, que os direitos elencados nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal são direitos fundamentais do ser humano e direitos fundamentais de um ser humano especial” (MACHADO, 2003, p. 115).

Por outro lado, afirma que não é a mera diversidade de condições que justifica e autoriza a positivação de um sistema de garantias mais abrangentes a crianças e adolescentes do que a adultos. Essa diferenciação, segundo Machado (2003, p. 118-121), na verdade, se explica porque, à condição de seres diversos de adultos, soma-se a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes em relação àqueles. É essa vulnerabilidade que autoriza uma aparente quebra no princípio da igualdade, visando-se atingir uma igualdade jurídica material e não meramente formal. Por causa dela, é que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, sob o ângulo do direito material, devem ser conformados de forma distinta daquela dos adultos.

Entretanto, conforme já indicado acima, não seria a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes o fator determinante na estruturação especial das normas constitucionais, mas sim a força potencial que a infância e a juventude representam para a nação. Para a autora, a Constituição de 1988 elegeu como caminho jurídico para se alcançar um patamar mínimo de igualdade entre os cidadãos a graduação temporal pela priorização da efetivação dos direitos de crianças e adolescentes

[...] pois conforme as crianças ‘mais iguais estatisticamente’ vão crescendo, o problema da *desigualdade*, com um todo, tende a diminuir; espera-se criar um círculo virtuoso, e menos traumático politicamente, de superação da desigualdade social, já que a criança de hoje é o adulto do futuro (MACHADO, 2003, p. 133-134).

Assim, de acordo com esse posicionamento, resta também esclarecido o motivo pelo qual o *caput* do art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988 previu a absoluta prioridade no asseguramento – que é completamente distinto do dever de mera abstenção de violação (MACHADO, 2003, p. 134) - dos direitos e garantias de crianças e adolescentes²². Nesse sentido, aliás, ressalta a autora que o asseguramento não é regra no que toca aos direitos fundamentais dos adultos e que, em nenhum outro lugar do texto constitucional, tem-se uma segunda referência à absoluta prioridade.

A esse respeito, é interessante destacar o comentário de Liberati (2006, p. 33), segundo o qual a Constituição Federal brasileira, para firmar a primazia do atendimento de crianças e adolescentes, poderia ter tão somente se referido a “atendimento prioritário”, que, por si só, já obrigaria ao célere atendimento de crianças e adolescentes. “Preferiu, no entanto, reforçar a ordem justapondo o termo ‘absoluta’, para não haver dúvidas quanto à imperatividade da primazia do atendimento”.

Constatado o fundamento para a previsão constitucional de um especial sistema de garantias para crianças e adolescentes, verifica-se ainda que, para Machado (2003, p. 136-137), a proteção integral por ele objetivada somente será alcançada mediante a implementação de políticas públicas que assegurem a esses indivíduos a efetivação de seu direito à educação, saúde, profissionalização, não-trabalho, alimentação, etc. Em sua obra, portanto, na base da noção de proteção integral está a efetivação de direitos fundamentais e, por conseguinte, a criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação, quais sejam, as políticas sociais públicas, já mencionadas, e a tutela jurisdicional.

Há que se destacar ainda, para fins de caracterização da recepção da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, comentário da autora quanto à abrangência desse sistema especial de garantias positivado na Constituição Federal de 1988: diferentemente da dualidade que caracterizava o sistema anterior (infância regular e irregular), o sistema constitucional agora se destina a uma categoria única de crianças e adolescentes, os quais detêm os mesmos direitos fundamentais.

Em outros termos, conforme Machado (2003, p. 147-149), enquanto o direito do menor empregava um elemento de *discrimen* negativo – a posição diferenciada de determinadas crianças e adolescentes no tecido social, decorrente de sua desvantagem na fruição das riquezas sociais, coletivamente produzidas –, a Constituição Federal de 1988, ao adotar a doutrina da proteção integral, reconheceu a igualdade jurídica de crianças e

²² E, desde a EC 65/2010, também de jovens.

adolescentes independentemente das condições socioeconômicas em que se encontram e instituiu a pobreza como um critério de discriminação positivo, a ser empregado na elaboração de políticas públicas de assistência social. “[...] portanto, cria-se um mecanismo jurídico de compensação da desigualdade fática, para assegurar um *mínimo* de igualdade na fruição dessas riquezas, na perspectiva de respeito da *dignidade humana*” (MACHADO, 2003, p. 149)²³.

Em síntese, tomando como principal referência teórica a obra *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, de Martha de Toledo Machado, pode-se afirmar que o rompimento para com o paradigma da situação irregular ou com o modelo menorista, conforme terminologia proposta pelo trabalho, operado pela Constituição Federal de 1988, se apresentou sob duas vertentes essenciais: o reconhecimento e a configuração de um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais distinto daquele configurado para os adultos e a igualdade jurídica entre todas as crianças e os adolescentes, independentemente de sua posição social.

2.1.3. A recepção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: considerações iniciais

Dois anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor a Lei nº 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta os arts. 227 e 228 do texto constitucional e, em seu primeiro artigo²⁴, ratifica expressamente a recepção da doutrina da proteção integral, prevendo que à criança e ao adolescente devem ser assegurados, igualmente, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além daqueles decorrentes de sua condição peculiar de seres em desenvolvimento.

Com base no parágrafo acima, considerando a menção às mesmas categorias centrais, expostas no item anterior deste trabalho – doutrina da proteção integral, igualdade jurídica de crianças e adolescentes – poder-se-ia questionar os motivos pelos quais não se procedeu à análise conjunta do sistema especial de garantias da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²³No mesmo sentido, colhe-se da obra de Liberati (2006, p. 34): “A diferença na condição dos sujeitos de direitos – no caso, criança e adolescente – de certa forma, compensa a desigualdade; e é por isso que a Constituição propõe esse ajuste proporcional de situações desiguais, visando à igualdade, que é baseada na relação entre o critério de diferenciação e a finalidade pretendida pela Constituição: a isonomia”.

²⁴“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Entendeu-se que o processo que levou à versão final do Estatuto teve peculiaridades que o distinguiram do processo da Constituinte, uma vez que, sendo uma lei ordinária incumbida de regulamentar os dispositivos constitucionais, suas disposições tiveram que ser muito mais minuciosas.

Além disso, discutia-se à época se caberia, de fato, a edição de nova lei federal ou se não bastaria uma reforma do Código de Menores de 1979, que o adequasse à Constituição Federal (SANDRINI, 2009). Aliás, as objeções dos autores menoristas para com a nova sistemática, a despeito da adoção da doutrina da proteção integral tanto pela Lei nº 8.069/1990, quanto pela Constituição Federal, se destinaram, majoritariamente, ao Estatuto (CAVALLIERI, 1997; SIQUEIRA, 1992). E, mesmo entre aqueles que são considerados defensores do modelo protetivo, encontram-se severas críticas a esse diploma legal, por exemplo, por ter ficado aquém do que dispunha o texto constitucional (MACHADO, 2003).

Todos esses motivos – os quais serão oportunamente apresentados e discutidos ao longo do trabalho – contribuíram para se optasse por uma análise em separado da recepção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao comentar o processo que levou à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Andréa Rodrigues Amin (in MACIEL, 2011, p. 9), destaca que ele foi resultado da articulação entre o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas, asseverando que teria cabido aos agentes jurídicos a tradução técnica dos anseios da sociedade civil, desejosa, como um todo, de um novo arcabouço jurídico-institucional para a infância e a adolescência brasileiras.

Paulo Roberto Sandrini (2009), por outro lado, quando se propõe a discutir, em sua tese de doutorado, a gênese e os sentidos do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz considerações mais detalhadas acerca do processo político e legislativo que levou à promulgação da Lei nº 8.069/1990. Nesse sentido, aponta que a mobilização desencadeada pelo MNMMR e demais atores do movimento “A Criança e a Constituinte” foi mantida para a elaboração e aprovação de uma lei que substituísse o Código de Menores. Tanto é assim que, embora o projeto tenha sido formalmente apresentado pelo Senador Ronan Tito, a proposta era, de fato, da Frente Nacional em Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Ademais, é interessante observar a celeridade com que o projeto, desde o momento de sua apresentação no Senado, foi ali aprovado, seguiu para a Câmara, retornou ao Senado e foi promulgado pelo então presidente da República Fernando Collor de Mello: um ano e 13 dias (do dia 30/06/1989 ao dia 13/07/1990), podendo-se depreender, a partir disso, a urgência com

que a revogação do Código de Menores era vista e a importância dedicada à matéria. Nesse sentido, aliás, Sandrini menciona que, quando se encaminhou o projeto à Câmara, lá tramitava outro projeto de lei de igual teor e outros 12 sobre o mesmo tema.

No que toca, por sua vez, aos debates legislativos, esclarece Sandrini (2009, p. 126) que, enquanto o Código de Menores era largamente rechaçado por se dirigir apenas a uma parcela da população infanto-juvenil, o Estatuto era defendido como um instrumento genérico e integral. Houve, por outro lado, quem defendesse que uma atuação restrita do Poder Judiciário, isto é, apenas em relação a “menores em situação de irregularidade ou anormalidade” decorreria da própria natureza desse direito. Nesse contexto, foram colocados em contraposição um modelo de atuação jurisdicional denominado “social” e outro “jurídico”. Na defesa do Estatuto, sempre se afastou o primeiro.

Promulgado o Estatuto, deixaram de existir quaisquer divergências quanto à formal recepção da doutrina da proteção integral também no plano infraconstitucional, haja vista a redação do art. 1º da lei. Tanto é assim que, na análise de Antônio Fernando do Amaral e Silva e de Munir Cury (2010, p. 17), esse dispositivo sintetiza o pensamento do legislador constituinte, que estabeleceu como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral, rompendo, segundo eles, de forma definitiva, com a doutrina da situação irregular, então adotada pelo Código de Menores de 1979.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, nos termos em que acima se apresentou a positivação de um sistema especial de garantias a crianças e adolescentes, os demais artigos do título I do Estatuto, também afirmam a peculiar condição de desenvolvimento desses indivíduos e necessidade de que, por isso, sejam atendidos com absoluta prioridade.

Nesse sentido, colhe-se da mesma obra da qual se retirou o comentário de Amaral e Silva e Cury, intitulada *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, a seguinte manifestação do pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa:

A afirmação da criança e do adolescente como ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento’ não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado (GOMES DA COSTA in CURY, 2010, p. 59).

Trata-se de aspecto já colocado em evidência anteriormente, com base em Martha de Toledo Machado. Optou-se, porém, por trazer mais uma concepção acerca da condição peculiar de crianças e adolescentes enquanto seres em desenvolvimento, pois, além de consistir aspecto basilar da doutrina da proteção integral e, portanto, central na identificação do modelo protetivo, trata-se de declaração daquele que, segundo Emílio García Mendez²⁵, figurou como um dos expoentes do processo de construção do Estatuto.

O excerto, ademais, serve de providencial gancho para tratar de outro importante aspecto do Estatuto, haja vista a abordagem metodológica escolhida para este trabalho, calcada na análise de discursos: sua terminologia. Ao substituir “menor” por “criança” ou “adolescente”, o Estatuto pretendia superar a divisão binária operada na infância pelas leis e práticas institucionais que antecederam o Estatuto e que rechaça as premissas da doutrina da situação irregular, afirmando a existência desse diploma legal para todas as crianças e adolescentes, indistintamente, agora elevados à condição de sujeitos de direitos e deveres.

Se, em tempos de Código de Menores, crianças e adolescentes eram todos vistos como objetos de intervenção – ainda que se reconhecesse a alguns deles, “em situação regular”, a titularidade de certos direitos –, com a adoção da doutrina da proteção integral pela Lei nº 8.069/1990, crianças e adolescentes passaram a ser “protagonistas do direito” (LIBERATI, 2006, p. 59), mediante a titularização de direitos subjetivos. Estes serão assegurados, conforme esclarece AMIN (in MACIEL, 2011, p. 9) por um sistema que se materializa na promoção de políticas públicas municipais, bem como, numa co-gestão com a sociedade civil, executá-la.

Tanto é assim que, para a autora, podem ser identificados como princípios gerais e orientadores do Estatuto: 1) o princípio da prioridade absoluta, que estabelece primazia no atendimento de crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses e que deverá ser assegurada pela família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público; 2) o princípio do melhor interesse²⁶, observado quando a decisão judicial busca resguardar amplamente os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e atende objetivamente à dignidade desses

²⁵Em entrevista concedida ao Portal RISolidaria, Emílio García Mendez afirmou que, do ponto de vista político e cultural, o Estatuto da Criança e do Adolescente seria impensável sem as contribuições de Antonio Carlos Gomes da Costa, que, apesar de não ser jurista, teria, segundo o professor argentino, uma sensibilidade que poucos pedagogos tiveram para entender a centralidade e a importância do jurídico. E, do ponto de vista técnico e jurídico, o Estatuto tampouco seria o que é sem a participação do desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva e do procurador de justiça Paulo Afonso Garrido de Paula.

²⁶Importa notar que a Lei nº 12.010/2009 alterou uma série de dispositivos do Estatuto da Criança e do adolescente, bem como inseriu, no art. 100, um parágrafo único prevendo princípios para a aplicação das medidas de proteção. Dentre eles, no inciso IV, consta o princípio superior da criança e do adolescente, o qual será objeto de análise no item 2.2.3 deste trabalho.

sujeitos e 3) o princípio da municipalização, segundo o qual se busca efetivar a doutrina da proteção integral por meio da formulação de políticas públicas locais, através do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA); da atuação dos Conselhos Tutelares e da rede de atendimento (AMIN in MACIEL, 2011, p. 22- 37).

Tem-se, assim, panorama acerca dos fundamentos e principais aspectos da doutrina da proteção integral, tal qual recepcionada pelo Estatuto, cabendo que se analise, a partir de agora, aspectos do modelo protetivo diretamente vinculados ao adolescente que pratica atos infracionais e sua relação com o Poder Judiciário, objeto deste trabalho.

2.2. Tutela jurisdicional do adolescente em conflito com a lei

2.2.1. Inimputabilidade penal

Conforme apontado na introdução deste trabalho, a questão da inimputabilidade penal, apesar de sua importância, tem lugar apenas subsidiário em nossas colocações, mas imprescindível. Nesse sentido, verifica-se que, assim como se traçou o percurso dos critérios e limites da maioridade penal no modelo menorista, deve-se indicar qual o tratamento destinado a esse tema na nova ordem constitucional.

O art. 228 da Constituição Federal de 1988 reafirmou a inimputabilidade dos menores de 18 anos de idade, estabelecendo sua sujeição às normas da legislação especial. Esta, por sua vez, pode ser identificada tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê um procedimento formalizado para a apuração de atos infracionais, quanto na recente Lei nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dispõe sobre a execução das medidas socioeducativas.

A esse respeito, cumpre, inicialmente, esclarecer que, desde o Código Penal de 1940, a maioridade penal já era fixada em 18 anos de idade. Houve, porém, curto período em 1965 em que vigeu lei estabelecendo a idade penal em 16 anos e reinserindo em nosso ordenamento o critério do discernimento, que já merecera críticas de Tobias Barreto no final do século XIX²⁷. Eram, cumpre ressaltar, tempos de ditadura civil-militar e circulava entre as autoridades da época a ideia de que o jovem dos anos 70 não era tão ingênuo quanto o da década de 40 e que havia um “hiato nocivo” para a prática de infrações quando o jovem terminava o ensino

²⁷ Conferir item 1.2.1.

básico, mas ainda não estava legalmente constituído para o trabalho (VERONESE, 1999, p. 71).

Porém, ainda que se desconsidere esse nefasto intervalo de diminuição da maioridade penal, há que se ressaltar, conforme Machado (2003), que a inimputabilidade etária ganhou contornos muito específicos depois da Constituição de 1988, na medida em que se tornou premissa jurídica estrutural do especial sistema de garantias de crianças e adolescentes, distinguindo-se significativamente da inimputabilidade penal sob a égide dos Códigos de Menores brasileiros.

Afirma Machado (2003, p. 244-246) que a estruturação da inimputabilidade penal nos ordenamentos anteriores se orientava “pelo primado da defesa social máxima”, característico “da criminologia positivista mais autoritária”, desrespeitando a dignidade humana de crianças e adolescentes, então, legalmente, denominados menores. Assevera ainda que essa estruturação comportava proteção a esses sujeitos apenas no discurso, pois, no conteúdo, restringia-se a medidas de natureza exclusivamente repressivo-totalitária.

Assim, na sistemática anterior, a liberdade de crianças e adolescentes era cerceada sem que se observassem quaisquer direitos ou garantias, sujeitando-os a sanções essencialmente da mesma natureza daquelas aplicadas aos adultos ou ainda mais graves. Tanto que o Código de Menores de 1979 previa a possibilidade de conversão de uma sanção em outra, caso não se constatasse, verificada a maioridade, a cessação de periculosidade pelo “menor”. Dúvidas não restam, aliás, de que, quando somados os dois aspectos, isto é, a ausência de direitos e garantias e a natureza das sanções, o sistema se mostrava ainda mais gravoso para crianças e adolescentes.

Após trazer essas considerações, conclui a autora, de modo semelhante àquele já identificado pela sistemática anterior, a inimputabilidade penal representava critério de discriminação negativa de crianças e adolescentes, pois, ao mesmo tempo em que aplicava a estas medidas cujo conteúdo era essencialmente o mesmo das penas aplicadas aos adultos, não reconhecia os direitos e garantias que, bem ou mal, eram formalmente assegurados aos maiores de idade.

A conformação da inimputabilidade penal pela Constituição de 1988, por outro lado, traz em si um critério de discriminação positivo, pois visa garantir a proteção de um sujeito em situação especial e determina que a sanção seja juridicamente moldada pela lei ordinária respeitando-se essa peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, ou seja, “observando as

especificidades da personalidade infanto-juvenil, para valorizá-la em sua dignidade especial” (MACHADO, 2003, p. 244).

Nesse sentido é também o posicionamento de Liberati (2006, p. 81), segundo o qual a maioria penal é uma garantia asseguradora do direito de liberdade de crianças e adolescentes ou, em outros termos, uma explicitação do alcance que esse direito tem para os menores de 18 anos de idade. É, por isso, uma garantia de defesa diante do poder de persecução penal pelo Estado.

De forma semelhante, por também entender que a maioria penal aos 18 anos de idade é um direito e uma garantia individual, asseveram Oliveira e Veronese (2009, p. 112) que o art. 228 da Constituição Federal de 1988 é uma cláusula pétrea, conforme disposto no art. 60, parágrafo único, inciso IV. Logo, não está sujeita a emendas e “somente um novo processo constituinte – processo constituinte originário – é que poderá tratar de forma diferenciada a questão”.

Cumprе frisar, por outro lado que, se há quem defenda o status de cláusula pétrea, é frequente que a questão da redução da maioria ganhe destaque pela mídia²⁸, sempre relacionada a casos de comoção nacional, o que, por sua vez, serve de mote para apresentação de projetos de emendas constitucionais que visem à alteração do art. 228 da Constituição Federal.

Nesse sentido, verifica-se que hoje há três propostas de emenda à Constituição para reduzir a maioria penal aguardando decisão da Comissão da Constituição e Justiça do Senado Federal. Enquanto a PEC 33/2012, do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), restringe a maioria penal 16 anos - aos crimes arrolados como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e aos casos em que o adolescente apresente “múltipla reincidência” na prática de lesão corporal grave ou roubo qualificado, a PEC 74/2011, do senador Acir Gurgacz (PDT-RO), prevê que o adolescente que tiver 15 anos também deve ser responsabilizado penalmente na prática de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados. A terceira PEC, de número 83/2011, é do senador Clésio Andrade (PMDB-MG) e estabelece o limite de 16 anos para qualquer tipo de crime cometido.

Além disso, na Câmara dos Deputados, tramita a proposta de emenda constitucional 171/1993, do deputado Benedito Domingos (PP/DF), que pretende a redução da idade da

²⁸O papel desempenhado pelos grandes veículos de comunicação no exercício do controle social sobre a juventude é tema que, por si só, renderia outro trabalho. Por isso, limitamo-nos a indicar, por ora, um exemplo do tipo de consequência política que os meios de comunicação, enquanto formadores de opinião, podem gerar. Para aprofundamento do tema, indica-se a leitura da obra *(In)visibilidade perversa: adolescentes infratores como metáfora da violência*, de Mione Apolinario Sales.

imputabilidade penal para 16 anos e à qual se encontram apensadas mais de 20 outras propostas de alteração do art. 228 da Constituição Federal. Dentre elas, há quem defenda a redução da maioridade para 12, 14 ou 17 anos e ainda quem afirme que a verificação da imputabilidade deveria ser decidida pela autoridade judiciária, conforme o desenvolvimento biopsicossocial do agente da infração penal. Finalmente, tal qual no Senado, tramitam também na Câmara propostas de redução da maioridade para crimes específicos, como os hediondos.

Na justificativa desses projetos, constata-se, dois argumentos principais: o primeiro, de que, com 15 ou 16 anos, considerando o desenvolvimento mental dos adolescentes brasileiros, já têm condições de discernir o que é certo e o que é errado e o segundo, de que os adolescentes hoje, ao praticar uma infração à lei penal, não recebem a devida resposta estatal. Sem a pretensão de esgotar o tema²⁹, parte-se desse contexto para discutir as hermenêuticas da socioeducação e, por conseguinte, o caráter e as finalidades da medida socioeducativa.

2.2.2. Direito da Criança e do Adolescente e suas hermenêuticas na seara infracional

No item 1.2.1. deste trabalho, apresentou-se a construção da doutrina menorista acerca da autonomia do Direito do Menor em relação, especialmente, ao Direito Penal. Entendiam os autores – em sua esmagadora maioria, também juízes de menores – que as medidas aplicadas aos “menores” a quem eram atribuídas infrações contra a ordem penal tinham natureza completamente distinta da sanção aplicada aos adultos, razão pela qual também o procedimento a que aqueles eram submetidos, com disciplinamento próprio pelos Códigos de Menores, distinguia-se do procedimento penal.

No presente tópico, por sua vez, pretende-se discutir se, após a majoritariamente proclamada ruptura com a sistemática anterior, provocada pelo advento da Constituição de 1988 e consolidada com o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 12.594/2012, a doutrina continua a afirmar o Direito da Criança e do Adolescente – especificamente no que toca à prática de atos infracionais – enquanto ramo jurídico autônomo ou não e quais os fundamentos para tanto uma quanto outra posição.

²⁹Indica-se, para aprofundamento, o trabalho de conclusão de curso de Bruna Ramos Córdova, *Redução da maioridade penal com aprofundamento da criminalização da juventude*, defendido em 2012, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, bem como a dissertação de mestrado de Mário Luiz Ramidoff, *A redução da idade penal: do estigma à subjetividade*, defendida em 2002, com orientação da professora Josiane Rose Petry Veronese.

Com esse objetivo, cumpre apresentar, inicialmente, o que se entende por ato infracional.

De acordo com o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Nos artigos subsequentes, por sua vez, é reafirmada a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, bem como excepcionadas as crianças – até 12 anos incompletos – da submissão ao processo de apuração de ato infracional, a elas podendo ser aplicadas apenas as medidas protetivas do art. 101 do Estatuto.

Ao tratar do tema, Liberati assevera a necessidade de que se afastem eufemismos na descrição e/ou identificação de ação delituosa de um adolescente. Segundo ele, tratando-se de um homicídio, por exemplo, a tipificação será dada pelo art. 121 do Código Penal, tenha sido o agente um adulto ou um adolescente. Isso porque “A essência do crime é a mesma. O tratamento jurídico, entretanto, deve ser adequado à especial condição de cada agente, como dispõe o art. 228, *in fine*, da CF” (LIBERATI, 2006, p. 62).

Corroborando esse entendimento, tem-se comentário do desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Napoleão X. do Amarante, constante da obra coletiva coordenada por Munir Cury, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*, segundo o qual o ato infracional não é uma ficção, mas uma entidade jurídica que encerra a ideia de que também o tratamento a ser deferido a seu agente é próprio e específico (AMARANTE in CURY, 2010, p. 494).

Por parte de ambos os autores – Liberati e Amarante – tem-se que a remissão à legislação penal é vista como um dos avanços do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à sistemática menorista. Enquanto o Código de Menores de 1979 dispunha genericamente sobre um conjunto de situações que poderiam caracterizar a irregularidade de determinada criança ou adolescente e, em razão disso, ensejar a aplicação de alguma medida restritiva de liberdade, asseveram que o Estatuto, por meio do art. 103, observou o princípio da legalidade, estabelecendo que, para a identificação de uma conduta infracional, esta deverá corresponder a uma figura típica descrita na lei como crime ou contravenção penal.

É a partir disso, isto é, do conceito legal de ato infracional como conduta descrita na lei penal, somado ao conjunto de disposições do título III da parte especial da Lei nº 8.069/1990 – que prevê direitos individuais dos adolescentes infratores, garantias processuais e o rol de medidas socioeducativas, bem como as hipóteses de aplicação da remissão – que parte da doutrina sustenta a positivação de um Direito Penal Juvenil em nosso ordenamento.

Dentre eles, Roberto Barbosa Alves, membro do Ministério Público de São Paulo, para quem o processo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre os atos infracionais e a correspondente aplicação das medidas socioeducativas, encontra no Direito Penal correspondência obrigatória. Segundo ele, “Fica claro que o legislador construiu um Direito Penal Juvenil, atenuado pelas características peculiares do adolescente como pessoa em desenvolvimento” (ALVES in CURY, 2010, p. 28).

Como pressuposto dessa corrente interpretativa do Estatuto, tem-se, em primeiro lugar, a diferença entre inimizabilidade e responsabilidade, o que já foi tangenciado no tópico anterior deste trabalho. Segundo seus defensores, a suposta impunidade em relação aos adolescentes que cometem atos infracionais não passa de mito, pois, embora não sejam atingidos pelo Direito Penal, jovens que pratiquem condutas análogas a crimes e contravenções penais por elas respondem nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse não é, porém, um posicionamento exclusivo da hermenêutica do Direito Penal Juvenil, conforme se demonstrará, de forma mais aprofundada, oportunamente.

De fato, verifica-se que é o segundo grande pressuposto para a identificação de um Direito Penal Juvenil que provoca divergências entre os estudiosos da área: a natureza de sanção da medida socioeducativa. Para João Batista Costa Saraiva (2010, p. 86), juiz de direito do Estado do Rio Grande do Sul e autor do *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*, não há dúvidas quanto ao caráter retributivo, sancionatório e penalizante das medidas socioeducativas, uma vez que são impostas aos autores de ato infracional, por meio de uma sentença, quando estes infringem uma norma de caráter penal. E, se a sanção penal juvenil produz aflição para o destinatário, como corolário lógico, incide todo o conjunto de instrumentos individuais garantistas previstos pelo direito, razão pela qual assevera:

Este sistema [instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente] estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, 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, fundada nos princípios do Direito Penal Mínimo. 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 (SARAIVA, 2010, p. 88).

Logo, para os adeptos do Direito Penal Juvenil, como a medida socioeducativa é uma resposta do Estado diante de um fato que a lei define como crime ou contravenção penal, ela deve ser entendida como uma sanção penal, razão pela qual invocam como direito dos

adolescentes em conflito com a lei todas as garantias penais, a exemplo da prescrição e da prova de uma conduta típica, antijurídica e culpável como condição de aplicabilidade da medida socioeducativa, a fim de que eles não recebam tratamento mais gravoso do que receberia um adulto.

Nesse sentido, afirma Karyna Batista Sposato (in ILANUD et al, 2006, p. 275), doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), com tese sobre a responsabilidade penal especial de adolescentes e autora das obras *O Direito Penal Juvenil*, 2006, da Editora Revista dos Tribunais, e *Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, 2013, lançado pela Saraiva, que somente com o reconhecimento explícito da natureza penal das medidas socioeducativas poderá ser superada, de forma substancial, a lógica tutelar e a ideologia do tratamento do modelo menorista.

Tal reconhecimento, ademais, poderia configurar um Direito Penal Juvenil Mínimo, com a observância estrita das garantias processuais penais clássicas e a construção de princípios específicos na matéria, revestindo-se de significativa repercussão prática, uma vez que “a ambiguidade de definição sobre a natureza das medidas bem como do procedimento de apuração de responsabilidade dos menores de dezoito anos é causa de sistemáticas violações de direitos e inclusive decisões e respostas desproporcionais” (SPOSATO in ILANUD et al, 2006, p. 275).

Quanto ao aspecto pedagógico da medida, verifica-se, conforme Saraiva (2010, p. 73), que ele ficaria reservado ao programa de execução da medida.

A esse respeito, cumpre notar que, desde março de 2012, vige no país a Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem atos infracionais. Tal lei traz, em seu art. 35, o rol de princípios que deve orientar a aplicação das medidas, como a legalidade, a excepcionalidade da intervenção judicial e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo³⁰.

³⁰“Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.”

Além disso, prevê a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA), “instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente” (art. 52, *caput*), no qual os pais ou responsáveis devem participar e contribuir para a ressocialização do adolescente.

O Direito Penal juvenil é, por outro lado, rechaçado por muitos estudiosos e atores do sistema de justiça da infância e da juventude. Dentre estes, podem ser constatadas certas nuances ou graus de rejeição da proposta do Direito Penal Juvenil.

Para Machado (2003, p. 233), por exemplo, “[...] no cerne do sistema especial de proteção está a não-incidência da pena criminal para crianças e adolescentes”. Por isso, afirma que, de acordo com a nova sistemática, o tratamento do fato criminoso praticado por crianças e adolescentes pode ser considerado “protetor”, o que, por sua vez, diante da especificidade do tratamento dispensado, não permitiria qualquer confusão com o Direito Penal.

Por outro lado, traz argumento semelhante ao de Liberati, acima citado, quanto à necessidade de que o tratamento do crime praticado pelo adolescente “não se afaste do mundo real”. Com isso, quer dizer a autora que o sistema a que serão submetidos os adolescentes em conflito com a lei não pode se afastar dos princípios fundamentais e da estruturação, naquilo que lhe é fundamental, do Direito Penal contemporâneo, sob pena de se retornar ao modelo menorista, que, de acordo com Machado, tratava hipocritamente da matéria (MACHADO, 2003, p. 235).

A autora indica, nesse sentido, que o ato que justifica a intervenção sobre o adulto é o mesmo que leva a uma intervenção estatal sobre o adolescente. Ademais, verificada a prática de uma infração penal, a posterior aplicação de sanção, nos termos da Lei nº 8.069/1990, também pode comportar, tal qual no Direito Penal, a privação de liberdade do adolescente. Assim, não se poderia ignorar, nos termos de Machado (2003, p. 237), que crime é sempre crime e que encarceramento é sempre encarceramento, decorrendo da relação de causa e consequência entre um e outro o aspecto retributivo não só da pena, mas também da medida socioeducativa.

Por isso, defende a estudiosa que o Direito Penal deveria ser aplicado aos adolescentes em conflito com a lei naquilo que ele representa de garantia para o cidadão, isto é, para efetivar a proteção dos direitos fundamentais desses indivíduos, a eles deveria ser aplicado o sistema de garantias individuais do Direito Penal, limite para o exercício do poder estatal, devidamente ampliado em razão da peculiar condição de ser em desenvolvimento de crianças e adolescentes (MACHADO, 2003, p. 238).

É justamente a condição peculiar desses sujeitos de direitos que, segundo a autora, determina a natureza distinta da medida socioeducativa em relação à pena. Muito embora ambas se constituam como reações aflitivas a uma ofensa – impondo-se, “por um lado, como forma de lograr prevenção dos delitos; por outro, objetivando lograr a paz social pelo mecanismo de resposta estatal ao crime” (MACHADO, 2003, p. 239) – diferenciam-se no que tange ao valor orientador de cada resposta. No caso das medidas socioeducativas, defende a autora, ele é educativo. Isso porque a condição peculiar de ser em desenvolvimento determina que a personalidade infanto-juvenil é mais vulnerável e, ainda, que ela está se cristalizando, razão pela qual crianças e adolescentes ostentam maior potencialidade de transformação de seu próprio comportamento, quando comparados aos adultos.

Poder-se-ia afirmar, de acordo com a exposição acima, verificadas as semelhanças entre os discursos de Machado e Saraiva, que a autora também se filia à hermenêutica do Direito Penal juvenil. Contudo, diante da inexistência de fala expressa nesse sentido, ao longo de toda a sua obra, a afirmação parece temerária. Especialmente porque, no caso análogo de Liberati, autor de *Processo penal juvenil*, observa-se que ele, apesar de defender um modelo de responsabilidade penal, não entende que o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha formatado um novo Direito Penal, no que claramente se diferencia do posicionamento sustentando por Saraiva e Sposato.

Segundo Liberati (2006, p. 71-72), os adolescentes - maiores de 12 e menores de 18 anos de idade – podem responder pelos atos infracionais que praticarem, submetendo-se às medidas previstas no art. 112. Estas, por sua vez, não se caracterizariam enquanto “tratamento”, mas sim como sanção de natureza penal.

O tratamento, aliás, é identificado pelo autor com o modelo tutelar consagrado pelos Códigos de Menores, enquanto a nova postura constitucional e, por conseguinte, estatutária, estabelece que eventuais transgressões de adolescentes deverão ser apuradas e corrigidas dentro da regra da legalidade e respeitada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por isso, conclui que “O modelo da *responsabilidade penal dos adolescentes* é o modelo da justiça e das garantias” (LIBERATI, 2006, p. 73).

Ainda segundo o mesmo autor, esse modelo foi estabelecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança e apresenta, em resumo, as seguintes características: 1) compreende pessoas com menos de 18 anos de idade a quem se atribui a prática de um ato infracional, excluindo-as do sistema de justiça penal dos adultos; 2) prevê soluções alternativas à reação estatal punitiva diante do conflito jurídico-penal originário; 3) estabelece que aos menores de

18 anos de idade devem ser asseguradas todas as garantias processuais e substantivas de que goza um adulto num Estado de Direito em face de um ato coativo do Estado; 4) prevê respostas jurídicas diferenciadas, chamadas de medidas socioeducativas ou de sanções ou sanções penais juvenis e 5) dota de excepcionalidade a privação de liberdade.

Afirma, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente não foi preciso o suficiente em relação à responsabilidade penal, deixando de adotar, claramente, esse modelo de responsabilidade. Mas traz, de qualquer forma, uma sistemática própria do tema, calcada na Convenção, cuja especialidade é determinada por fatores como 1) desjudicialização ou diversificação da intervenção penal; 2) intervenção mínima e subsidiária; 3) diferença entre grupos etários; 4) um processo garantista, flexível, sumário, único e confidencial e 5) um amplo rol de sanções (LIBERATI, 2006, p. 76-77).

Nesse contexto, cumpre que se retome a afirmação acima quanto à natureza das medidas socioeducativas, pois, segundo Liberati (2006, p.142), não teria sido “pretensão” da Lei nº 8.069/1990 que elas tivessem caráter sancionatório-punitivo-retributivo. Tal constatação, entretanto, seria inevitável, uma vez que constituem resposta do Estado à prática de um ato infracional e, por isso, “assumem o caráter de inflicção/sanção, a exemplo das penas, e não de prêmio”.

O autor então se propõe a esclarecer o trinômio sanção-punição-retribuição, afirmando, primeiramente, que a aplicação das medidas socioeducativas independe da vontade do “adolescente infrator” e que este apenas se encontra submetido à sua eventual aplicação porque é suspeito de ter praticado alguma conduta que infringiu uma norma de convivência social penal.

Em termos de conteúdo, portanto, defende Liberati (2006, p. 145) que a medida socioeducativa se equipara à pena, esta entendida como punição ou reparação por uma ação julgada repreensível. Diferentemente, porém, da sistemática anterior, já qualificada em outros momentos deste trabalho como a da “compaixão-repressão”, a responsabilidade penal juvenil teria como finalidade específica a criação no adolescente de uma consciência de valoração jurídica de seus atos, isto é, teria uma “natureza sociopedagógica”. Apenas na execução é que a medida socioeducativa se caracterizaria como instrumento pedagógico.

Observa-se, assim, com ainda mais propriedade, a semelhança entre as propostas interpretativas de João Batista Costa Saraiva e de Wilson Donizeti Liberati, identificando-se, claramente, como único ponto de divergência, a caracterização do novo modelo protetivo de atuação estatal em face de um ato infracional como um modelo de Direito Penal juvenil ou

não. Tal questão talvez fosse de menor importância se a ela não se somasse uma segunda colocação de Liberati. Para ele, apesar de o modelo de responsabilidade penal juvenil não ter sido claramente adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, também se poderia afirmar, haja vista a regulação promovida pela Lei nº 8.069/1990, que os adolescentes têm responsabilidade estatutária, aqui compreendida como sinônimo de responsabilidade penal juvenil.

Ocorre que, para a professora de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina e autora de vasta produção acadêmica sobre o tema, Josiane Rose Petry Veronese, a defesa de um modelo de responsabilização estatutária não é compatível com a identificação de um caráter punitivo nas medidas socioeducativas. Segundo a autora, as medidas socioeducativas têm, conforme o seu nome já indica, *caráter social e educacional*, mas não penal, posicionamento que a distancia de todos os demais autores acima mencionados e que, por isso, deve ser também analisado.

Na obra em coautoria com a pedagoga Luciane de Cássio Policarpo Oliveira, *Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*, assevera Veronese (2008, p. 114) que as medidas socioeducativas, por serem colocadas lado a lado no Estatuto com as medidas específicas de proteção, podem ser consideradas parte do gênero comum das medidas de proteção, o que sustenta com base na redação do art. 98, III, e do art. 102, VII, ambos da Lei nº 8.069/1990³¹.

Ademais, a afirmação de que as medidas socioeducativas têm caráter social e educacional implica compreender que o adolescente autor de ato infracional é um ser social e não um objeto que deve ser submetido a tratamento. É nesse sentido que também se clarifica o aspecto pedagógico da medida, uma vez que a educação consistiria numa estratégia de intervenção que respeita a condição de sujeito do adolescente.

A fim de demonstrar a incompatibilidade entre a sanção penal e a ação pedagógica e, portanto, a inviabilidade de um Direito Penal juvenil, haja vista os princípios que orientam o Estatuto da Criança e do Adolescente, os adeptos da hermenêutica da responsabilização

³¹“Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: [...] III - em razão de sua conduta”.

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”.

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos”.

estatutária afirmam que: “[...] punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este esteja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica” (THOMPSON *apud* OLIVEIRA; VERONESE, 2008, p. 107).

Finalmente, importa salientar que a ausência de caráter punitivo na medida socioeducativa é justificada ainda por outra compreensão acerca do que é o ato infracional. De acordo com Oliveira e Veronese, muito embora o ato infracional corresponda a uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, não é crime nem contravenção para efeitos jurídicos, haja vista a inimputabilidade dos menores de dezoito anos. Nesse contexto, as autoras advertem que atos infracionais são “praticados”, e não “cometidos”, pois

Criança e adolescente praticam tais atos em consequência de péssimas condições materiais de vida, de um ambiente familiar violentador, de ausência de valores, de uma vivência social em meio a transgressões ou sem limites, de uma sociedade que endeusa o consumo, enfim, de uma série de elementos/situações que podem resultar no confronto com a lei penal (OLIVEIRA; VERONESE, 2008, p. 115).

Em sentido semelhante, são os comentários de Napoleão X. do Amarante, já referido acima, e de Olympio de Sá Sotto Maior Neto, membro do Ministério Público do Paraná, na obra coordenada por Munir Cury. Afirma o primeiro que o legislador não poderia deixar de ter estabelecido as medidas socioeducativas, quando se sabe que “a conduta infringente da lei penal por parte do menor é decorrência, no seu mais alto percentual, da extrema miséria do lar, que o leva a viver na rua, onde facilmente se depaupera física e moralmente” (AMARANTE *in* CURY, 2010, p. 504).

Sotto Maior, por sua vez, assevera que, enquanto a Justiça de Menores, partindo de uma suposta igualdade de oportunidades de ascensão social, consolidava a ideia de que aqueles que se encontravam em situação irregular eram responsáveis pela sua própria marginalidade (criminalidade reduzida ao campo individual e psicológico), a Justiça da Infância e da Juventude, sem ter o objetivo de estabelecer liame indissolúvel entre a pobreza e a delinquência, reconhece que “[...] para determinadas pessoas, as condições reais de vida se apresentam tão adversas (e insuperáveis pelos meios considerados legais e legítimos) que acabam impulsionando (especialmente tratando-se de adolescente) à prática de atos anti-sociais” (SOTTO MAIOR *in* CURY, 2010, p. 535).

Por isso, ao adolescente autor de ato infracional, defende que sejam aplicadas medidas socioeducativas, cuja tendência seria interferir no processo de desenvolvimento do

adolescente, e não puni-lo, objetivando, com isso, uma melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.

Evidencia-se, assim, a existência de significativa dissonância entre as duas hermenêuticas do modelo protetivo ou da socioeducação, calcada, fundamentalmente, na leitura que fazem da medida socioeducativa. Enquanto os defensores do Direito Penal Juvenil e aqueles que, sem concordar com essa terminologia, ainda assim defendem uma responsabilidade penal para adolescentes em conflito com a lei, entendem que a medida socioeducativa tem caráter sancionatório, punitivo e retributivo, os adeptos da responsabilização estatutária rechaçam o Direito Penal como exemplo para o Direito da Criança e do Adolescente, afirmando a necessidade de romper com a cultura do castigo e da pena e de concretizar uma responsabilização social, razão pela qual sustentam que as medidas socioeducativas são medidas de proteção.

Nesse contexto, se é possível falar em algum consenso entre as hermenêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à postura estatal diante da prática de um ato infracional por algum adolescente, ele diz respeito à assecuração de direitos individuais e garantias processuais – previstos, respectivamente, nos capítulos II e III do título referente à prática de ato infracional da Lei nº 8.069/1990 –, rompendo com o modelo menorista.

Não se verificou, ademais, entre os estudiosos de quaisquer dos posicionamentos, quem defendesse a redução da maioridade penal. Em outros termos, em que pese a profunda divergência quanto ao caráter da medida socioeducativa, concordam os autores que os adolescentes são sim responsabilizados quando tiverem praticado alguma infração penal.

Não se olvide, porém, que, para Oliveira e Veronese (2008, p. 121), “[...] ainda que não pretendam os defensores do Direito Penal Juvenil rebaixamento do limite da idade penal, a concepção que traz em seu bojo a ideia da penalização do adolescente provavelmente desencadeará ou mesmo justificará tal redução”.

Sem pretender esgotar o assunto, passa-se, por ora, à análise das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e à identificação dos critérios existentes na legislação para a aplicação de cada uma delas.

2.2.3. Medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes a quem se imputam atos infracionais, encontram-se previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo

rol é considerado taxativo, restando vedada a imposição de medidas diversas daquelas ali enunciadas. As medidas socioeducativas, de acordo com a ordem dos incisos, são as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. O inciso VII do art. 112 prevê ainda a possibilidade de aplicação das medidas previstas no art. 101, incisos I a VI, consideradas medidas específicas de proteção.

Assim como no capítulo precedente, cumpre verificar os pressupostos de aplicação dessas medidas, eventuais características que sejam comuns a todas elas e, por outro lado, suas distinções, a fim de que, posteriormente, possam ser apresentadas, de modo pormenorizado, as medidas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação. Tal seleção, cumpre frisar desde já, se justifica pelo fato de que as mesmas medidas – ao menos, denominadas da mesma forma – eram também previstas pelo art. 14 do Código de Menores de 1979. Portanto, sua análise específica visa trazer maiores subsídios para o terceiro capítulo deste trabalho, no qual se pretende comparar os modelos menorista e protetivo de aplicação de medidas.

De acordo com as disposições estatutárias, nem sempre será necessária a comprovação da prática de um ato infracional para que seja aplicada a um adolescente uma medida socioeducativa. Nesse caso, cumpre que se diferenciem três situações.

A primeira diz respeito, especificamente, à medida de advertência, a qual, segundo o disposto no parágrafo único do art. 114 não exige prova de autoria para sua aplicação, mas tão somente indícios. Trata-se de regra questionada pela doutrina, na medida em que caracterizaria um retrocesso em relação ao Código de Menores de 1979. É que, assim como as medidas de liberdade assistida, semiliberdade e internação, a Lei nº 6.697/1979 também previa a advertência, mas estabelecia a necessidade de comprovação.

A segunda situação é a do art. 112, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Verifica-se, conforme redação do *caput* do art. 114, que o inciso VII, não está previsto entre aqueles para os quais se exige prova de autoria e materialidade. Tal constatação, somada ao fato de que o referido dispositivo de lei se refere a medidas de proteção, levam à conclusão de que também nesse caso é desnecessária à aplicação de medidas socioeducativas a comprovação do ato infracional imputado ao adolescente. Essa tese, aliás, é reforçada pelos arts. 105 e 136, I, ambos do Estatuto, segundo os quais as medidas de proteção serão aplicadas, pelos Conselhos Tutelares às crianças que pratiquem atos infracionais.

A previsão do art. 112, VII é, porém, objeto de severa crítica de Machado (2003, 221-227), pois representaria uma confusão entre medidas de proteção e medidas socioeducativas. Assinala a autora que, enquanto as medidas de proteção são providências jurídicas adotadas em função de alguma situação de risco, conforme definição do art. 98, visando, pois, à preservação ou recomposição dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, as medidas socioeducativas decorrem estritamente da prática de fato definido na lei penal como crime ou contravenção.

Assim, ao dispor sobre a possibilidade de aplicação de medidas de proteção ao lado das medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes, o Estatuto induziria uma interpretação ambígua, segundo a qual a prática de crime também se enquadraria no conceito de “situação de risco”, ou que a medida de proteção poderia representar uma sanção ao autor do fato definido como crime.

Cumprе notar, antecipando as considerações do terceiro capítulo deste trabalho, que, a partir dessa primeira interpretação dúbia, pode-se chegar a uma segunda conclusão equivocada, segundo a qual a identificação do ilícito penal não se basearia somente em condutas objetivas, mas também em tipos subjetivos de delinquentes, o que era, segundo Machado (2003, p. 126), “exatamente o que fazia o direito anterior [modelo menorista], ao clivar o ordenamento em função de uma tipologia de sujeitos desviantes, os menores em situação irregular, categoria que, estruturalmente, em nada se distingue das categorias bruxas, hereges, judeus subversivos”.

Finalmente, sustenta a autora a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 112 “[...] por permitir que medidas vagas sejam impostas pelo Estado como sanção pela prática de fato definido na lei penal como crime. Ou, ao menos, seria inconstitucional essa interpretação do dispositivo” (MACHADO, 2003, p. 227). A questão dos critérios para a aplicação das medidas será ainda melhor discutida no decorrer do texto.

A terceira possibilidade de que sejam aplicadas medidas socioeducativas ao adolescente, sem prova de autoria e materialidade, refere-se à remissão, prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo V do título II da parte especial do Estatuto da Criança e do Adolescente³². São duas as hipóteses de aplicação desse instituto, as quais se

³²“Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo. Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de

distinguem, fundamentalmente, pelo momento em que são oferecidas: enquanto o art. 126, *caput*, do Estatuto, prevê que a remissão será concedida pelo Ministério Público antes de iniciado o procedimento judicial de apuração de ato infracional, seu parágrafo único traz hipótese de aplicação da remissão depois do início do procedimento.

Assim, valendo-se de terminologia empregada por Saraiva (2010, p. 152), tem-se, de um lado, a *remissão extintiva* do processo, composta perante o Ministério Público e homologada pelo Juízo e, de outro, a *remissão judicializada*, que tem lugar depois do recebimento da representação e é passível de ser imposta a qualquer tempo, até a sentença, podendo resultar na extinção do processo ou em sua suspensão.

Em qualquer caso, é possível que a remissão venha acompanhada da aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação, isto é, afasta-se a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas privativas de liberdade. Por outro lado, independentemente da cumulação de medida, cumpre destacar, conforme art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a concordância do adolescente com a oferta de remissão – aqui entendida como gênero – não importa no reconhecimento de responsabilidade e, por conseguinte, não prevalece para efeitos de antecedentes.

Em se tratando, portanto, de medidas socioeducativas de semiliberdade ou de internação, deverá ser necessariamente observado o devido processo de apuração de ato infracional, iniciado pela representação do Ministério Público e, ao longo do qual, o adolescente será ouvido, bem como realizada a colheita de provas. Ao final, constatada a autoria e a materialidade do ato infracional imputado ao adolescente, poderá ser imposta medida socioeducativa, a qual, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto, deverá levar em conta a capacidade do representado para cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Observa-se, a essa altura, que não existe no Estatuto um sistema de correspondência entre a prática de determinado ato infracional e a aplicação de uma medida socioeducativa específica. De fato, o mais próximo disso são as previsões do art. 122, as quais, entretanto, limitam-se à medida de internação e, mesmo assim, não estabelecem automaticidade entre a sua verificação e a aplicação da referida medida, havendo, ademais, sérias divergências

anteriores, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação. Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público”.

doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos termos ali empregados, o que será discutido oportunamente.

Por ora, observa-se a parcimônia de critérios para a aplicação das medidas socioeducativas com que a Lei nº 8.069/1990 dotou o julgador ante a verificação da prática de um ato infracional. Tal aspecto, segundo Liberati (2006, p. 145), demonstra que, enquanto o Código Penal fixa suas penas – tanto o tempo de cumprimento quanto a intensidade – de acordo com a infração penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera, primordialmente, a pessoa que praticou o ato e sua condição peculiar de ser em desenvolvimento (capacidade do representado), bem como o *modus operandi* de sua execução, não estabelecendo vínculo desta ou daquela medida ao tipo penal praticado. De acordo com o autor, “Tal critério será de livre escolha do julgador, que fixará a medida socioeducativa mais adequada à socialização do infrator”.

A esse respeito, é interessante notar, antecipando, mais uma vez, as considerações do terceiro capítulo deste trabalho que, Alyrio Cavallieri (2005, p. 88), ao descrever o papel do juiz de menores, comparando-o ao juiz criminal, ressalta justamente a preponderância da pessoa para o primeiro e do ato para o segundo. Isto é, se o juiz de menores que considerava primeiro a pessoa e depois o ato por ela praticado, o juiz criminal toma antes em consideração o ato, verificando a pena-base, para depois avaliar a pessoa e, em vista de circunstâncias, antecedentes, etc., altera a pena. O que cumpre salientar, porém, não é tão somente a semelhança de argumento de um e outro autor, mas o fato de que este foi igualmente empregado para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Liberati) e para o Código de Menores de 1979 (Cavallieri), declaradamente diplomas legais “opostos”.

Posicionamento que parece explicar a contradição acima pode ser achado na obra de Martha de Toledo Machado. Segundo ela, diante da ruptura paradigmática provocada pela Constituição Federal de 1988, as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente teriam ficado muito aquém da diretriz imposta pelo texto constitucional. Além da crítica que faz ao art. 112, VII, da Lei nº 8.069/1990, destaca negativamente a ausência de uma sistemática rígida de sancionamento pelo Estatuto, isto é, não há vinculação necessária entre um fato típico praticado por um adolescente e uma sanção específica, facultando-se ao julgador escolhê-la. Para Machado (2003, p. 247), isso só não seria um problema se a lei indicasse expressamente os pressupostos ou critérios de aplicação da sanção, assim como faz o Código Penal em seu art. 59.

À carência de parâmetros para a determinação da espécie de medida a ser aplicada ao adolescente que pratica um ato infracional se soma a sucinta sistemática dos tempos de cumprimento das medidas socioeducativas. No total, verificam-se expressas disposições legais apenas em relação ao período máximo de seis meses para a prestação de serviços à comunidade (art. 117, do Estatuto); ao prazo mínimo de seis meses para fixação de medida de liberdade assistida (art. 118, § 2º); à indeterminação de prazo para cumprimento da medida de semiliberdade, aplicando-se no que couber, as disposições relativas à internação (art. 120, § 2º) e, finalmente, no que toca à medida de internação, também fixada por tempo indeterminado, a previsão de que deverá ser reavaliada, no máximo, de seis em seis meses (art. 121, § 2º) e de que não excederá a três anos (art. 121, § 3º).

Embora escassos, cumpre observar que o fato de o Estatuto ter trazido alguns critérios para limitação da aplicação das medidas já significou profunda mudança em relação ao modelo anterior. Tanto é assim que, justamente por isso, recebeu a Lei nº 8.069/1990 muitas críticas de Cavallieri, já referido em diversas outras oportunidades ao longo do trabalho. De acordo com o antigo juiz de menores, ao fixar tempos determinados, a nova sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente teria introduzido, na prática, um Direito Penal em relação aos menores, mascarado pela terminologia da “representação” e da “medida socioeducativa”.

Segundo ele, aliás, o erro estaria não só na fixação do prazo máximo de três anos, mas também na liberação compulsória aos 21 anos de idade. Nas palavras dele:

Respondem [os estatutistas] que não se trata de uma pena, mas de uma ‘medida socioeducativa’. No entanto, ela limita a reeducação a um período fixo de tempo. Na verdade, trata-se de uma pena e não de uma ‘medida educativa’. É impossível reeducar em tempo certo (CAVALLIERI, 2005, p. 91).

Por fim, antes que se passe à análise mais aprofundada de algumas medidas socioeducativas específicas, cumpre tratar de outro aspecto do Estatuto que, segundo Machado (2003, p. 247), também sustenta sua conclusão de que a lei ordinária foi “muito tímida na pormenorização dos direitos-garantias de natureza penal”³³: a ausência de definição

³³ Machado aponta em sua obra três aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, relativos à prática de ato infracional por adolescente que, para ela, demonstram as limitações desse diploma legal em face do que se estabeleceu na Constituição Federal. Um deles, porém, escapa dos limites metodológicos fixados para este trabalho, pois diz respeito à culpabilidade do adolescente a quem se imputa a prática de uma infração. Não se olvida que o tema é de extrema relevância e que, inclusive, apresenta clara conexão com nosso objeto, mas, tão somente pelo número de páginas dedicadas por Machado à apreciação da matéria, percebe-se que ele, sozinho, renderia outra monografia.

mais precisa quanto ao conteúdo da medida socioeducativa, isto é, sobre o que seria a faceta educativa dessa espécie de sanção.³⁴

De acordo com a autora, os dispositivos da Lei nº 8.069/1990 apenas tangenciam a questão, por exemplo, quando preveem que é direito de toda criança e de todo adolescente – independentemente da prática de crime – o direito à escolarização e à profissionalização. Ou ainda quando, no parágrafo único do artigo 123, afirmam: “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”. Porém, não trazem qualquer pormenorização do que seriam essas atividades – ausência que, segundo Machado, deixa de assegurar a efetividade plena da garantia da reserva legal quanto à “pena” (no sentido de sanção precisamente delimitada).

Diante disso, a autora propõe que a lei trace diretrizes de metodologia pedagógica, de conteúdo curricular, tão ou mais pormenorizadas do que as previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Importa notar que a obra de Martha de Toledo Machado foi publicada no ano de 2003, quando sequer se discutia o projeto de lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. De fato, foi apenas no ano de 2012, quase dez anos depois da publicação de *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, que se promulgou a Lei nº 12.594/2012, que, em seu art. 2º, apontou os objetivos das medidas socioeducativas - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e a desaprovação da conduta infracional.

Ademais, consoante o já apresentado em tópico anterior, a referida lei ordinária apresenta, no art. 35, um conjunto de princípios para orientar a execução das medidas socioeducativas, bem como prevê, como instrumento norteador da execução, o Plano Individual de Atendimento, cuja elaboração deverá envolver tanto o adolescente quanto seus pais ou responsável, uma vez que estes “têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente” (art. 52, parágrafo único) e que deverá apresentar, no mínimo, resultados da avaliação interdisciplinar do adolescente e os objetivos por ele declarados; a previsão de atividades de integração social e/ou capacitação profissional; atividades de integração e apoio para a família, bem como formas de participação desta no cumprimento do plano e, ainda medidas específicas de atenção à sua saúde (art. 54).

³⁴ Lembre-se aqui que a autora, conforme abordagem do item 2.2.2, defende que a medida socioeducativa tem caráter sancionatório e retributivo.

Ademais, nos casos de cumprimento de medida de semiliberdade ou de internação, os PIAs definirão também quais as atividades internas e externas, individuais ou coletivas, de que o adolescente poderá participar ou fixarão metas para que o adolescente possa desenvolver atividades externas (art. 55).

Assim, delineado o panorama da aplicação das medidas socioeducativas no modelo protetivo, cumpre que se apresentem agora as previsões do Estatuto especificamente acerca das medidas socioeducativas de liberdade assistida, semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, bem como os discursos que os estudiosos desse diploma legal produziram a respeito de cada uma delas. Ressalta-se novamente a coincidência terminológica entre essas medidas e aquelas já existentes no art. 14 do Código de Menores de 1979, cabendo trazer subsídios para, posteriormente, analisar se, de fato, há entre elas uma linha de continuidade.

Primeiramente, tem-se a liberdade assistida. Prevista no art. 112, IV, e regulada nos arts. 118 e 119, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida socioeducativa de liberdade assistida tem como expressa finalidade legal acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. Nesse sentido, é evidente a importância do orientador, a quem incumbirá a condução da medida, promovendo socialmente o adolescente e sua família (art. 119, inciso I), supervisionando sua escolarização (inciso II) e profissionalização, além da inserção no mercado de trabalho (inciso IV).

Ao analisar a liberdade assistida, Bianca Mota de Moraes e Helene Vieira Ramos, ambas membros do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e colaboradoras da obra *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, lançado pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família, asseveram que o rol do art. 119, acerca das incumbências do orientador, não é exaustivo e que o relatório por ele elaborado (inciso IV) deverá fornecer subsídios para que o juiz decida acerca da “necessidade de manutenção, revogação ou substituição da liberdade assistida por outra medida que venha a se afigurar a mais adequada” (MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1088).

Destacam ainda que a medida de liberdade assistida, muito embora de meio aberto, configura certa restrição da liberdade do adolescente e que só poderá ser executada mediante a construção de vínculos entre o técnico do programa de atendimento, o adolescente e a família deste.

Cumpre lembrar, antes de se passar à análise da próxima espécie de medida, que, se a liberdade assistida do Estatuto já era prevista, ao menos com a mesma denominação, pelo

Código de Menores de 1979, a liberdade assistida do art. 14, IV, da Lei nº 6.697/1979 tinha origem no instituto da liberdade vigiada do Código de Menores de 1927, tendo os doutrinadores menoristas se dedicado a distinguir uma da outra, assim como os comentadores do modelo protetivo se propõem a fazer em relação à liberdade assistida menorista.

Nesse sentido, é interessante observar comentário de Alyrio Cavallieri (1997, p. 64), ex-juiz de menores e “inventor” da primeira doutrina menorista brasileira, sobre medida de liberdade assistida. De acordo com ele, tal qual prevista no Código de Menores de 1979, era “a mais gratificante de todas as medidas que se pode oferecer a um menor infrator ou com desvio de conduta”, além de ser menos custosa do que a internação.

O Estatuto, porém, a teria desfigurado ao eliminar, demagogicamente, a palavra *vigiar*, considerada pelo autor a “essência da medida”; ao excluir o termo *instituição* como agente do acompanhamento e, ainda, ao estabelecer prazo mínimo seis meses, aspecto que Cavallieri criticava, de modo mais amplo, em relação à toda a sistemática das medidas socioeducativas da Lei nº 8.069/1990, conforme já pontuado anteriormente.

No que toca à medida de semiliberdade, segundo as mesmas autoras, haveria duas discussões polêmicas: a primeira, a despeito da clara redação do Estatuto, giraria em torno da necessidade de autorização judicial para que adolescentes em cumprimento da medida desempenhassem atividades externas; a segunda discutiria a possibilidade de aplicação de medida de semiliberdade provisória, de modo análogo ao que ocorre com a medida de internação.

No *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*, verifica-se, por sua vez, que coube ao professor italiano Alessandro Baratta manifestar-se sobre o art. 120 da Lei nº 8.069/1990. Segundo ele, a redação do dispositivo indicaria, claramente, que também nos casos de restrição da liberdade do adolescente, a lei busca favorecer, na medida do possível, a integração dele em sua comunidade e, através dela, na sociedade, pois “A integração na comunidade e na sociedade é o fulcro da nova disciplina do adolescente infrator, que deve permitir reverter, finalmente, a injusta praxe da criminalização da pobreza e da falta de meios” (BARATTA in CURY, 2010, p. 580).

Finalmente, no que se refere à medida de internação, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, diferentemente do que ocorre em relação às demais medidas socioeducativas, uma série de critérios para a sua aplicação, além de prever sua submissão a três princípios orientadores – o da brevidade, da excepcionalidade e o do respeito à condição

peculiar de pessoa em desenvolvimento, impondo-se, no caso, breve comentário sobre os dois primeiros³⁵.

A observação do princípio da brevidade, tal como é compreendido por Moraes e Ramos (in MACIEL, 2011, p. 1091), implica que a medida de internação alcance o menor período possível da vida do adolescente, “o qual está em processo de formação e tem no seu direito fundamental à liberdade um dos mais relevantes fatores para a construção do seu caráter”. A adolescência, ademais, transcorre de forma muito célere e, se tomado o critério legal de delimitação dessa fase da vida, conforme art. 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dura apenas seis anos. Daí a preocupação em limitar a internação em três anos.

Quanto à excepcionalidade da medida de internação, afirmam as autoras que ela seria consequência do caráter aflitivo das medidas restritivas de liberdade e guardaria estreita relação com a necessária delimitação do poder do Estado de impingir aos indivíduos cerceamento no exercício dos seus direitos (MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1092).

Para tratar da medida de internação, ainda que de forma abreviada, é preciso distinguir as três modalidades previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que elas têm lugar em três momentos processuais distintos e aprestam também distintas finalidades.

A primeira modalidade de internação, prevista no art. 108 do Estatuto, é a internação provisória, a qual será determinada pela autoridade judiciária antes da prolação da sentença no processo de apuração de ato infracional, desde que existentes indícios suficientes de autoria e materialidade e demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Ademais, de acordo com expressa disposição legal, a internação provisória terá prazo máximo de 45 dias. Moraes e Ramos advertem, porém, para as flexibilizações que, por vezes, esse prazo sofre. É que, segundo alguns autores, haveria a possibilidade de que, mesmo inconcluso o processo de apuração de ato infracional e verificado o término dos 45 dias, o adolescente, havendo justificativa para tanto, não fosse liberado. De acordo com outros, apenas se o atraso fosse provocado pela defesa caberia prorrogação do prazo.

Há ainda divergência doutrinária no que diz respeito à necessidade de observação das hipóteses do art. 122 do Estatuto para a aplicação da internação provisória, pois, enquanto a medida de internação definitiva e a internação-sanção são disciplinadas na seção VII do capítulo sobre as medidas socioeducativas, a medida de internação provisória consta do

³⁵ A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento foi aspecto vastamente discutido no item 2.1 do trabalho, para onde se remete o leitor.

capítulo relativo aos direitos individuais. As autoras defendem que não há essa limitação e apontam julgados que respaldam esse posicionamento.

A fim de concluir a apresentação dessa espécie de medida, traz-se, a título de ilustração, outras matérias de profunda divergência entre estudiosos e julgadores, como o conceito de ato infracional grave – isto é, se a identificação da gravidade deve tomar como parâmetro a distinção entre penas de detenção e de reclusão pela legislação penal ou não –; o conceito de reiteração; a possibilidade de flexibilizar o prazo máximo de três anos em caso de cumulação de processos e a dedução do prazo de 45 dias da internação provisória do período máximo de três anos da internação definitiva.

Em uma análise superficial, pode-se sustentar que a Lei nº 8.069/1990, ante a ausência de previsões mais pormenorizadas, dá ensejo a esse conjunto de nem sempre sutis divergências doutrinárias e jurisprudenciais, motivadoras de uma ou várias flexibilizações. Nesse contexto, surgem, dentre aqueles que se propõem a interpretar o Estatuto, posicionamentos, no mínimo, temerários e que, ao tomar como base aspectos centrais da nova sistemática de atuação do Estado brasileiro diante da prática de uma infração penal por um adolescente, os distorcem a ponto de pôr em dúvida a declarada ruptura de paradigma com a sistemática menorista anterior, o que será analisado, com mais atenção, no próximo capítulo deste trabalho.

2.2.4. Atores do sistema de justiça da infância e da juventude

No tópico 1.2.3, apresentou-se o papel desempenhado pelo juiz de menores, tanto por meio da análise dos dispositivos dos Códigos de Menores que antecederam o Estatuto da Criança e do Adolescente e que garantiam à autoridade judiciária o poder de atuar de ofício, quanto por meio dos discursos daqueles que se propuseram a construir uma doutrina menorista, em sua maioria, também juízes de menores. Nessa abordagem, priorizou-se a identificação da imagem que se (auto)construiu para esse ator do sistema de justiça menorista.

Agora, considerando os objetivos estabelecidos para este trabalho, entende-se ser necessário proceder à mesma análise em relação ao juiz da infância e da juventude.

A seção referente ao juiz, constante do capítulo II do título sobre acesso à justiça do Estatuto da Criança e do Adolescente, é composta por apenas cinco artigos. Dentre estes, os arts. 147 e 148 trazem regras para fixação de competência, seja territorial, seja material, enquanto o art. 149 não só delimita as situações em que a autoridade judiciária poderá expedir

portarias e alvarás, como também estabelece os fatores que o juiz precisará considerar em sua decisão (art. 149, §1º) e a necessidade de que esta seja devidamente fundamentada, vedando-se as determinações de caráter geral (art. 149, §2º).

Na análise crítica de Cavallieri (1997, p. 88-90), que, dentre outras qualificações já expostas no decorrer deste trabalho, também organizou a obra *Falhas do Estatuto*, o §2º do art. 149 da Lei nº 8.069/1990 traduz, assim como outros dispositivos, a “deliberada intenção dos estatutistas de diminuir o que chamavam de excessivos poderes dos juizes”.

Sua crítica, porém, se dirige ao modelo estatutário como um todo, que estaria calcado em velhos princípios gerais de direito e máximas jurídicas, quando, na verdade, a autonomia do Direito do Menor partia da simples premissa de que, para um destinatário primário *sui generis* da norma, o menor, esses arcabouço tradicional deveria ser recusado, pois fora concebido para um sujeito maior.

Assim, a possibilidade de que juiz de menores agisse de ofício, conforme previsto pelos Códigos de Menores, é interpretada por Cavallieri como adequada à sistemática única da justiça de menores, mas incompreensível, adverte o autor, para aqueles que se mantivessem aferrados “à paleontologia do Direito” (CAVALLIERI, 1997, p. 88-90).

Nesse contexto, insurge-se, sob outro viés, contra as disposições do Estatuto que, restringindo os poderes da autoridade judiciária, aumentaram os poderes dos representantes do Ministério Público, afirmação que o autor sequer se propõe a demonstrar tão clara estaria na redação da Lei nº 8.069/1990.

À conclusão semelhante chega Andréa Rodrigues Amin. Sua perspectiva, porém, é outra. A autora enaltece o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao fixar os poderes do juiz da infância e da juventude, limitou-o ao exercício de função própria à carreira, abrindo caminho para a atuação da sociedade, por meio dos Conselhos Tutelares, na defesa dos direitos de crianças e adolescentes:

Ao Juiz coube a função que lhe é própria: julgar. A atuação *ex officio* não se encontra elencada nos artigos 148 e 149 da legislação estatutária, mas apenas as restritas à função judicante e normativa. Agora é a própria sociedade através do Conselho Tutelar que atua, diretamente, na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e ao Ministério Público notícia do fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente (AMIN in MACIEL, 2011, p. 16).

Tendo em vista o excerto acima e com o intuito de ilustrar como o Estatuto da Criança e do Adolescente operou uma nova divisão de atribuições entre os atores do sistema de justiça da infância e da juventude, observa-se que, entre as atribuições do Conselho Tutelar, previstas

no art. 136³⁶, consta a possibilidade de que o referido órgão de proteção, verificando alguma das situações do art. 98, promova o acolhimento institucional de crianças e adolescentes. Ademais, considerando o foco deste trabalho, é de se destacar que compete ao Conselho Tutelar e não ao juiz a aplicação de alguma das medidas do art. 101 do Estatuto quando se tratar de ato infracional praticado por criança.

As funções a serem desempenhadas pelo Ministério Público, por sua vez, encontram-se previstas nos arts. 200 a 205 do Estatuto, cabendo ressaltar, entre elas, a concessão de remissão como forma de excluir o processo; a promoção e o acompanhamento dos processos de apuração de ato infracional e a obrigatória atuação do representante ministerial como fiscal da lei nos casos em que não for parte, quando terá vista dos autos e poderá juntar documentos, bem como requerer diligências. Frise-se que, segundo o art. 204, a falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito.

O Estatuto é bem mais sucinto ao falar do advogado, asseverando, no art. 207, que “Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor”, devendo o juiz, caso o adolescente não constitua um advogado, a ele nomear um.

Assim, identificadas algumas atribuições dos demais atores do sistema de justiça da infância e da juventude, interessa observar, que, na sistemática anterior já era prevista a figura do advogado, assim como a do curador de menores. Contudo, as relações entre estes e a autoridade judiciária era completamente distinta da prevista hoje. É isso que se depreende do comentário de Cavallieri (1997, p. 110-111) acerca do art. 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente, referente à audiência de apresentação do adolescente.

Para o referido autor, no atual processo de apuração de ato infracional, o adolescente é submetido a verdadeiro Tribunal do Júri, no qual a divergência de posicionamentos entre

³⁶ “Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII; II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII; III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações. IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; VII - expedir notificações; VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário; IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal; XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural”.

representação e defesa poderá acarretar grave prejuízo à personalidade em formação do adolescente, cujo “desvio ético já o colocou em conflito com a família e a sociedade”. De acordo com Cavallieri, o adolescente poderá tomar a atuação do advogado como justificadora do ato praticado.

Em contrapartida, defende a prática que, mesmo antes da vigência do Código de Menores de 1979, era aplicada no Juizado de Menores da Guanabara. Quando se percebia alguma divergência entre a opinião do curador e a do juiz ou do advogado, ou do técnico, o “menor” era retirado da sala ou então as autoridades se dirigiam a outro local para, francamente, discutirem sobre o processo e a medida a ser aplicada ao adolescente até chegar a um consenso. A ideia era que, na presença do “menor”, não se causasse a impressão de que os adultos tinham qualquer dúvida quanto à reprovação do seu ato.

Ao arrematar seu comentário, Cavallieri lamenta o desaparecimento do “juiz educador”, haja vista a consolidação da “tendência penalista”. Segundo o autor, o atual juiz da infância não é mais aquele a quem os *garçons* chamavam *mon juge*. Agora, ele é neutro, mas a neutralidade seria de outro direito e não do direito do menor. Nesse sentido, assevera que, ao desempenhar sua função de magistrado, nunca se arrependeu das vezes em que olhou nos olhos do jovem à sua frente e pediu a ele que o ajudasse a ajudá-lo. Em sua última frase, alerta: “Juristas do passado, estamos em um mundo novo” (CAVALLIERI, 1997, p. 110-111).

Adentra-se aqui em outro importante aspecto deste tópico, pois, com a ruptura provocada pela Constituição Federal de 1988 e consolidada com o Estatuto da Criança e do Adolescente, não apenas o poder do juiz estaria limitado, essencialmente, à função de julgar, mas também essa função teria mudado.

Conforme destaque de Roberto Barbosa Alves, do Ministério Público de São Paulo (in CURY, 2010, p. 27), com o início da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente e o conseqüente abandono do Direito do Menor e da doutrina da situação irregular, “A Justiça de Menores, tuitiva e paternalista, deu lugar a uma Justiça da Infância e da Juventude, mais adequada ao Direito científico e às normas constitucionais”.

Sobre o mesmo tema, asseveram Lima e Veronese (2012, p. 95) que o Direito da Criança e do Adolescente deve ser interpretado em conformidade com a teoria neoconstitucional, isto é, as autoras partem do pressuposto de que a concretização dos direitos de crianças e adolescentes depende, por um lado, do investimento do Estado em políticas públicas voltadas para o atendimento desses sujeitos e, por outro, da prestação de uma tutela

jurisdicional que não mais se fundamente apenas juspositivismo, mas que também se pautem pela busca de equidade e justiça social.

Finalmente, cumpre salientar que a atuação jurisdicional do juiz da infância e da juventude, no que toca ao processo de apuração de ato infracional e, principalmente, à imposição de uma medida socioeducativa, para além das questões que já foram tangenciadas no tópico anterior, é objeto central do terceiro capítulo deste trabalho.

3. O MODELO HÍBRIDO: A IDENTIDADE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Ao longo dos dois primeiros capítulos deste trabalho, procurou-se identificar os elementos centrais da atuação jurisdicional em relação a adolescentes cujas condutas tivessem infringido a ordem legal, tanto sob a égide dos Códigos de Menores, quanto depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, da Lei nº 12.594/2012.

Além do critério cronológico, usado para a divisão dos capítulos, buscou-se distinguir a sistemática do modelo menorista da sistemática do modelo protetivo por meio da apresentação e análise de duas categorias: o destinatário da norma e a tutela jurisdicional – esta compreendida sob diferentes aspectos, isto é, considerando um contexto mais amplo de delimitação jurídica da matéria (direito do menor ou direito da criança e do adolescente) e discussões em torno de sua autonomia; as medidas passíveis de aplicação pelo juiz e, finalmente, o papel deste em cada um dos modelos.

Nessa trajetória, priorizou-se a apresentação das categorias dentro de cada modelo, isto é, sem que, de modo geral, fossem estabelecidas comparações entre umas e outras. De fato, os exercícios comparativos, quando ocorreram, limitaram-se, em sua maioria, a identificar o contraste entre o modelo menorista e o modelo protetivo, o que, aliás, entende-se como inevitável, já que a ruptura em relação à doutrina da situação irregular é enunciada como um dos grandes pressupostos para a construção da doutrina da proteção integral.

O objetivo deste capítulo, por sua vez, é o de identificar o modelo de atuação jurisdicional que hoje se tem no Brasil em relação aos adolescentes a quem se imputam atos infracionais, evidenciando eventuais relações de continuidade entre o modelo protetivo e o menorista, de acordo com as categorias trabalhadas nos capítulos precedentes e adotando-se a mesma metodologia usada anteriormente, qual seja, a da análise da legislação e dos discursos interpretativos desta pela doutrina.

A essa abordagem, porém, soma-se um referencial teórico externo – a Criminologia crítica – e, a título de ilustração, já que o objeto de estudo deste trabalho é a atuação jurisdicional –, também algumas decisões dos tribunais brasileiros, tudo com o intuito de, desveladas as permanências menoristas ou, sob outro viés, as distorções do modelo protetivo, cindido em suas múltiplas hermenêuticas, consolidar uma postura de enfrentamento diante da atual realidade do sistema de controle social formal da juventude no país.

3.1. Apresentação do referencial teórico externo: a Criminologia crítica como ponto de partida para a identificação do modelo híbrido

A fim de que as categorias da Criminologia crítica possam ser usadas como instrumentos de análise dos modelos menorista e protetivo, cumpre que se apresente uma síntese do processo pelo qual essas categorias foram construídas. Para tanto, tomam-se como bases para essa abordagem a clássica e indispensável obra de Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*, bem como a vasta produção teórica da professora Vera Regina Pereira de Andrade, titular de Criminologia da Universidade Federal de Santa Catarina.

3.1.1. A ideologia da defesa social

A obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal* se estrutura a partir do conteúdo da ideologia da defesa social. Nela, após indicar os princípios que compõem essa ideologia – princípio da legitimidade, do bem e do mal, de culpabilidade, da finalidade ou prevenção, de igualdade e do interesse social e do delito natural -, o autor se propõe a apresentar as correspondentes teorias sociológicas que negaram esses princípios, tomando como fio condutor a assunção de que “[...] o conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica de *sociedade*, entendida como uma totalidade de valores e interesses” (BARATTA, 2011, p. 47).

Antes, porém, que se passe à análise de cada um desses princípios – do modo como foram enunciados pelo professor italiano – e de sua negação, desde as teorias psicanalíticas do início do século XX até o desenvolvimento da teoria do *labeling approach* e da perspectiva da Criminologia crítica, cumpre observar em que contexto surgiu e se consolidou a ideologia da defesa social. Para tanto, faz-se imprescindível a análise da aparente luta teórica entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, considerando aqui apenas o cenário italiano³⁷.

A Escola Clássica italiana, nascida no marco do Iluminismo, compreendeu desde o desenvolvimento de uma filosofia do direito penal, relacionada à obra *Dos delitos e das*

³⁷ De acordo com o minucioso resgate histórico de Andrade (1997), observou-se também na Alemanha o desenvolvimento da Escola Clássica. Tal abordagem, contudo, escapa dos limites metodológicos deste trabalho, uma vez que a menção às escolas tem, aqui, mera função instrumental e, nesse sentido, a apresentação do contexto italiano é suficiente à compreensão das ideias fundamentais do classicismo e do positivismo criminológico.

penas, de Beccaria, a uma ciência do direito penal com fundamentação filosófica, à qual pode ser associado o *Programa de curso de direito criminal*, de Carrara.

Conforme análise de Vera Regina Pereira de Andrade (1997, p. 46), enquanto o primeiro estágio do classicismo foi marcado por uma dimensão crítico-negativa, questionadora do Direito e da Justiça Penal do Antigo Regime, e, simultaneamente, por uma dimensão construtiva de um novo Direito e de uma nova Justiça Penal baseada nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas, o saber clássico da maturidade abandonou a dimensão combativa e foi essencialmente positivo, isto é, voltou-se para a construção do Direito Penal liberal.

Salienta-se a existência de divergentes concepções entre os clássicos também quanto à finalidade da pena. Enquanto Beccaria entendia que ela era essencialmente preventiva, para Carrara, a pena era notadamente retributiva. Desenvolveram-se, assim, no marco do classicismo, teorias absolutas da pena (retribuição) e relativas (prevenção). Estas, por sua vez, passaram a ser comumente classificadas em prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa).

Pode-se afirmar, porém, que havia uma unidade ideológica e metodológica na Escola Clássica. Quanto à primeira, verifica-se que a problemática central do classicismo era a dos limites do poder de punir do Estado face às liberdades individuais. Quanto à segunda, observa-se a adoção, pelos clássicos, do método racionalista, lógico, abstrato e dedutivo, o qual cumpriria a função de revelar o direito penal no conjunto de leis ou princípios vigentes. O direito, de qualquer forma, não era visto como produto histórico (ANDRADE, 1997).

Além disso, para o classicismo, o crime era uma violação consciente e voluntária da norma penal. Em outros termos, seria o livre-arbítrio que, segundo os clássicos, conferiria imputabilidade ao sujeito da ação. Esses sujeitos, por sua vez, seriam igualmente racionais e, por isso, a pessoa do criminoso nunca foi objeto de análise da Escola Clássica. Seu elemento central era a objetividade do fato-crime, o que leva Andrade (1997, p. 59) a afirmar que:

Do programa clássico emerge, portanto, a delimitação de um ‘Direito Penal do fato’, baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem a medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcionada ao crime, com uma rígida vigência do princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Em contraposição ao livre-arbítrio fundante da Escola Clássica italiana, para os criminólogos positivistas – como Lombroso, Ferri e Garofalo, que desenvolveram suas teorias

em fins do século XIX – o crime revelaria, sobretudo, a personalidade perigosa de seu autor. O objeto central da Escola Positiva era, portanto, o criminoso, e não mais o crime. Assim, conforme análise da mesma autora, os positivistas estabeleceram “[...] uma linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela ‘maioría’ na sociedade” (ANDRADE, 1997, p. 67).

Disso se depreende que uma das principais críticas da Escola Positiva à Escola Clássica dizia respeito ao seu objeto de estudo. Para os positivistas, os clássicos cumpriram a missão histórica de diminuir as penas, mas caíram num individualismo exacerbado, esquecendo-se da necessidade de defesa da sociedade diante do criminoso.

Os positivistas, ademais, criticavam o método lógico-abstrato da Escola Clássica, defendendo o deslocamento da problemática penal do plano da razão para o plano da realidade e propondo, em substituição ao método clássico, o método científico, experimental ou empírico-indutivo, cujas premissas eram a medição (quantificação), a objetividade (neutralidade) e a causalidade (determinismo).

Assim, de acordo com a compreensão da Escola Positiva, haveria um conjunto de fatores biopsicosociológicos³⁸ determinantes do indivíduo criminoso, razão pela qual a sociedade também estaria determinada a reagir em defesa de sua conservação. Para os positivistas, portanto, a pena se caracterizava como um meio de defesa social diante do delinquente, individualizada com base na potencial periculosidade do sujeito, mas o que deveria ocupar lugar central era a prevenção. Por isso, Ferri preconizava providências de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e jurídica de modo a combater as *causas* da criminalidade.

E, como os positivistas negavam o livre-arbítrio, negavam também a responsabilidade moral como fundamento da responsabilidade penal, isto é, enquanto os clássicos defendiam a completa exclusão dos moralmente irresponsáveis do direito penal, aplicando-se a eles apenas medidas profiláticas, para a Escola Positiva, eram justamente esses indivíduos os que mais

³⁸ Em uma análise mais precisa, que escapa aos limites deste tópico, é preciso observar que as causas do crime receberam diferentes classificações por parte dos autores positivistas. Lombroso, em *O homem delinquente*, partiu do determinismo orgânico e psíquico para identificar o chamado criminoso nato. Elencou, sobretudo, anomalias anatômicas e fisiológicas como aspectos dessa espécie à parte do gênero humano, que se identificaria com o selvagem (atavismo). Posteriormente, adicionou a epilepsia e a loucura moral como causas de criminalidade, formando o denominado “tríptico lombrosiano”. Ferri, por sua vez, admitiu outra classificação tripartite de causas da criminalidade – individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social), dando origem, assim, à Sociologia Criminal, isto é, ao desenvolvimento da criminologia etiológica numa perspectiva sociológica (ANDRADE, 1997, p. 64-66).

correspondiam ao tipo de criminoso. Assim, o fundamento do direito de punir para a Escola Positiva passou a ser uma responsabilidade social, isto é, para com a sociedade.

Diante desse quadro, poder-se-ia concluir pela impossibilidade de conciliação entre clássicos e positivistas.

Contudo, assim como o Estado intervencionista não abandonou os pressupostos do Estado de Direito liberal, a adoção de um Direito Penal intervencionista, calcado no discurso positivista da defesa social, foi conciliada, nas legislações penais do século XX, com as garantias penais liberais que o Direito Penal clássico dera ao indivíduo. Essa convivência comum, por sua vez, foi interpretada por Andrade (1997, p. 73) como prova de que o antagonismo entre as Escolas era mais aparente do que real, isto é, ambos os saberes – clássico e positivista – compunham uma unidade funcional de controle penal.

No mesmo sentido, Baratta observa que tanto a Escola Clássica quanto a Positiva se pautavam por um modelo de ciência penal integrada e, em ambos os casos, estava-se frente à afirmação de uma ideologia da defesa social, limitando-se as diferenças entre clássicos e positivistas apenas a um dos princípios norteadores dessa ideologia: o da culpabilidade.

Assim, volta-se ao ponto de partida deste tópico, qual seja, o de identificação do conteúdo da ideologia da defesa social por meio dos princípios elencados por Baratta.

O primeiro princípio é o da legitimidade, segundo o qual o Estado, enquanto legítimo representante da sociedade, pode e deve, por meio das instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias), reprimir a criminalidade. O segundo princípio é o do bem e do mal, que vê no crime o mal e na sociedade constituída, o bem. Já o terceiro princípio é o da culpabilidade, referente a uma atitude interior reprovável daquele que pratica um delito, em torno do qual se verificam as divergências entre os clássicos e os positivistas (para os primeiros, condenação moral; para os segundos, revelador de periculosidade social). De acordo com o princípio da finalidade ou da prevenção, a pena não apenas retribui, mas também previne o crime, criando uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso e ressocializando o delinquente. O princípio da igualdade, por sua vez, afirma que a lei penal e a reação a uma infração dessa lei são iguais para todos. E, finalmente, segundo o princípio do interesse social e do delito natural, os interesses protegidos pelo direito penal são, em sua maioria, fundamentais e comuns a todos os cidadãos (BARATTA, 2011, p. 42-43).

Baratta, diante do rol de princípios que compõem o conteúdo da ideologia da defesa social, afirma que ela pode ser vista como um dos maiores progressos realizados pelo direito

penal moderno. Todavia, defende o ponto de vista de que a ciência do direito penal se encontra notavelmente atrasada em relação às interpretações dessa matéria pelas ciências sociais. O objetivo do autor é, portanto, o de demonstrar como essas teorias sociais podem contribuir para a superação do conceito de defesa social.

3.1.2. As teorias criminológicas liberais contemporâneas

Questionando os princípios da ideologia da defesa social, verifica-se, ainda na primeira metade do século XX, o desenvolvimento de teorias voltadas para a dimensão sociológica do fenômeno criminal, desde as teorias psicanalíticas, passando pela teoria da anomia de Durkheim e o estrutural-funcionalismo, até o *labeling approach* (ou etiquetamento), as quais são agrupadas por Baratta sob o denominador comum de teorias criminológicas liberais contemporâneas.

Neste tópico, pretende-se expor a ideia central das teorias sociais que, segundo o professor italiano, puseram em cheque cada um dos princípios da ideologia da defesa social, bem como apontar, brevemente, os limites dessas concepções, para, ao final, identificar o elemento distintivo da perspectiva criminológica crítica, permitindo que esta seja instrumentalizada na análise dos modelos protetivo e menorista³⁹.

A negação do primeiro princípio elencado por Baratta – o princípio da legitimidade – foi formulada pelas teorias psicanalíticas da criminalidade, que, nos anos 20 e 30 do século passado, já incluíam a sociedade como parte do objeto a ser estudado pelas pesquisas sobre crime e pena. Dentre elas, distinguiram-se as teorias voltadas para a explicação do comportamento criminoso, com início em Freud – para quem o indivíduo, ao cometer um crime, superava um sentimento de culpa (oposto da ideia de culpabilidade dos clássicos) –, e as teorias da sociedade punitiva, segundo as quais “[...] a reação penal ao comportamento delituoso corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade” (BARATTA, 2011, p. 50).

Ocorre que, de acordo com a análise de Baratta (2011, p. 57-58), as teorias psicanalíticas apresentavam orientação semelhante às teorias positivistas, pois aceitavam a qualidade criminosa de um comportamento ou o exercício de funções punitivas pela sociedade sem analisar um contexto mais amplo de relações socioeconômicas em que se

³⁹ Adverte-se aqui para os limites da exposição das teorias, dado o alto grau de generalidade com que será feito.

inseririam, contrapondo, à necessária dimensão histórica da questão criminal, uma aistórica dimensão antropológica. Tal visão, por sua vez, sustenta a tese da universalidade do delito e da reação punitiva, o que, ademais, será qualificado por Baratta como um elemento constante de toda a criminologia liberal contemporânea.

Já o princípio do bem e do mal é negado pela teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia. Afirma o autor italiano que a teoria da anomia foi introduzida pelas obras de Émile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representando a “virada sociológica” na criminologia contemporânea.

Trata-se de teoria que nega a dicotomia criminoso mau e sociedade boa ao questionar a identificação das causas do desvio em fatores bioantropológicos e naturais ou como uma situação patológica da estrutura social. Pelo contrário. Defende-se que o desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social e que ele somente será negativo quando ultrapassados determinados limites. Nesse caso, segue-se ao desvio um estado de desorganização – a anomia – no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou. Dentro de seus limites funcionais, por outro lado, o desvio é considerado um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sociocultural e não um elemento patológico (BARATTA, 2011, p. 59-60).

Assim, sob essa perspectiva, Durkheim não vê o delinquente como um ser antissocial, mas como um agente regulador da vida social, enquanto Robert Merton, na síntese de Baratta (2011, p. 63), ao propor um modelo de explicação funcionalista, reporta o desvio a uma possível contradição entre a estrutura econômico-social e a cultura. Enquanto esta propõe ao indivíduo determinadas metas, aquela oferece, em graus diversos, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar essas metas, o que o faz com base na posição do indivíduo nos diferentes estratos sociais. E é justamente nessa desproporção entre metas e meios para alcançá-las que Merton encontra a origem do comportamento desviante.

Na crítica de Baratta (2011, p. 67), contudo, desvela-se a função ideológica estabilizadora desempenhada por essas teorias, na medida em que, sem conseguir analisar a criminalidade de colarinho branco - “corpo estranho” na teoria mertoniana -, mostram-se adequadas somente para explicar a criminalidade dos segmentos populacionais mais pobres, razão pela qual legitimam cientificamente e ajudam a consolidar a imagem tradicional da criminalidade como própria do comportamento e do *status* típico dessas classes.

O princípio da culpabilidade, por sua vez, é confrontado pela teoria das subculturas criminais, que “[...] nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude

contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura)” (BARATTA, 2011, p. 73).

Isso significa, sempre conforme Baratta (2011, p. 74-76), que, para essa teoria, os indivíduos são inseridos em determinados subgrupos ou subculturas em razão das condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem e adquirem valores, normas, modelos de comportamento e técnicas próprios desses grupos, mesmo ilegais. Trata-se de um mecanismo de socialização através do qual se explicaria não só a delinquência, mas o comportamento dito normal e que demonstra, ainda, a relatividade do peso específico da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres (naturais) da personalidade.

No capítulo seguinte de sua obra, o criminólogo italiano apresenta, com base em Gresham M. Sykes e David Matza, bem como tomando em consideração os trabalhos de Sutherland e A. Cohen, uma correção da teoria das subculturas. É que os membros desses grupos reconheceriam, ao menos em parte, a ordem social dominante e, por isso, passariam a empregar “técnicas de neutralização” como formas específicas de justificação ou de racionalização em sentido favorável a seu comportamento desviante. Em outros termos, por meios de técnicas como a exclusão da própria responsabilidade, a negação de ilicitude, a negação de vitimização, a condenação dos que condenam e o apelo a instâncias superiores, o indivíduo resolveria o conflito entre os valores sociais dominantes - e por ele reconhecidos e aceitos em certa medida - e as próprias motivações para um comportamento desconforme com aqueles (BARATTA, 2011, p. 77-79).

Contudo, embora Baratta (2012, p. 82) reconheça a importância da teoria das subculturas criminais, ao negar o princípio da culpabilidade por meio da demonstração da relatividade de todo sistema de valores e, por conseguinte, também do sistema de valores tutelados pelas normas do direito penal, adverte para o fato de que tal teoria se limita a um registro superficial das condições econômicas das subculturas e que, por não se ligar nem a uma teoria explicativa, nem a um interesse político alternativo, funciona como uma teoria criminológica de “médio alcance”.

Ao tratar da negação do princípio da finalidade ou da prevenção pela teoria do *labeling approach*, verifica-se que, para o criminólogo italiano, dentre todas as teorias liberais, esta teria alcançado o maior avanço, pois deslocou o foco de estudo das causas do crime e, portanto, da pessoa do criminoso, para o poder de definição e estigmatização exercido por determinadas instâncias. O novo enfoque, nos termos de Andrade (1997, p. 207),

passou a ser a reação social à conduta desviada, marcando a transição do paradigma etiológico para o paradigma da reação social.

De acordo com essa linha de pesquisa, a criminalidade não pode ser compreendida apartada do sistema penal, pois é este que a define e reage contra ela, conferindo a determinados indivíduos o *status* social de criminosos. Esse rótulo, por sua vez, é pressuposto para a ação das instâncias oficiais, como a Polícia, o Poder Judiciário e os estabelecimentos de execução penal, o que significa que, praticado o mesmo comportamento punível por um indivíduo não rotulado, ele não será alcançado por aquelas instâncias.

Baratta (2011, p. 94) observa, sob outro viés, que os processos de definição dos sujeitos criminosos não se limitam àqueles realizados pelas instâncias oficiais de controle social, mas, antes, se identificam, em primeiro lugar, com os processos de definição do senso comum. Nesse sentido, cumpre que se destaque o papel que os meios de comunicação desempenham na sempiterna afirmação do estereótipo do criminoso – sujo, feio e mau – fixando-o no imaginário coletivo.

Identifica, por outro lado, na recepção do *labeling approach* pelo contexto alemão, a negação do princípio da igualdade, pois, conforme Fritz Sack, a criminalidade seria uma qualidade atribuída pelos juízes a determinados indivíduos e não uma realidade social pré-constituída (BARATTA, 2011, p. 107).

A esse respeito, afirma Baratta (2011, p. 109):

O centro do problema sociológico da criminalidade se desloca, assim, partindo de uma forte acentuação destas premissas teóricas e metodológicas, das causas da criminalidade para as definições dela, aos pressupostos políticos e aos efeitos sociais das definições de criminalidade, entendida como qualidade ou status que se aplica a determinados indivíduos.

Mas, segundo o professor italiano, é preciso reconhecer também os limites do *labeling*, que, assim como as demais teorias da criminologia liberal, representa uma alternativa meramente parcial à ideologia da defesa social. Enquanto nas teorias estrutural-funcionalistas, observou-se o privilegiamento das relações econômicas em detrimento das políticas, na teoria do *labeling*, de acordo com o criminólogo italiano, ocorre o contrário: o momento político é definido de modo independente da estrutura econômica das relações de produção e de distribuição, razão pela qual a teoria não consegue explicar, independentemente do exercício do poder de definição, a realidade social e o significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2011, p. 116).

Portanto, o centro da crítica barattiana a esse conjunto teórico está na tese da universalidade do delito e do direito penal, o que não significa, contudo, negar os resultados alcançados, mas sim reconhecer a necessidade de sua complementação (ANDRADE, 1997, p. 216-217).

Finalmente, aborda Baratta a negação do princípio do interesse social ou do delito natural pela sociologia do conflito, em cujo modelo convergem os elementos da mudança, do conflito e do domínio, contrapondo-se ao modelo do equilíbrio ou da integração.

Em sua crítica, porém, demonstra o paradoxo em que se inserem essas teorias conflituais, uma vez que, ao negar o modelo da harmonia, fazem do conflito a lei eterna da estrutura social, o que acaba equivalendo à transformação de seu modelo “no de uma nova harmonia preestabelecida, mais dinâmica que estática, mas também de modo que cada coisa encontra o seu lugar [...]” (BARATTA, 2011, p. 137).

Ademais, haveria, por parte dos teóricos do conflito, uma redução de sua teoria aos conflitos funcionais à reprodução das relações sociais na estrutura econômica neocapitalista, negando os conflitos e os sujeitos que se agitam fora da indústria (BARATTA, 2011, p. 142).

Assim, verifica-se que o conjunto das denominadas teorias criminológicas liberais não depende mais de uma definição legal de criminalidade, mas volta-se para uma definição sociológica do desvio, contribuindo para a desconstrução dos princípios que compõem a ideologia da defesa social. Todas elas, porém, em maior ou menor grau, mostram-se limitadas por não situar suas análises historicamente e por não estabelecer relações entre o comportamento desviante e a estrutura socioeconômica, isto é, trazem, implicitamente, a tese da universalidade do delito e do Direito Penal.

Nesse sentido, conclui o autor que se substituiu a ideologia da defesa social por outra ideologia – negativa – fundamentada no seguinte pressuposto: se a criminalidade é um fenômeno aistórico, então, tem-se que ela é, em princípio, ineliminável. Logo, suas causas também seriam e deixaria de haver razão para que se continuasse a combatê-las. A luta contra a criminalidade passaria a significar, nesse contexto, apenas a efetivação de medidas de controle social.

3.1.3. A Criminologia crítica

Sendo a tese da universalidade do delito e do Direito Penal elemento central nas teorias criminológicas liberais, os autores da perspectiva crítica se preocuparam em demonstrar que a igualdade do direito penal é um mito.

Ante a afirmação de que o Direito Penal protegeria igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, a crítica apontou que ele não defende todos e tampouco protege somente os bens essenciais, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

Além disso, contrapôs ao argumento de que todos aqueles que infringem uma norma penal têm iguais chances de se tornar sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização, já que a lei penal seria, supostamente, igual para todos, a tese de que o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos e que o processo de criminalização não tem como fator preponderante a danosidade social das ações (BARATTA, 2011, p. 162).

Na síntese precisa de Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 52-53), o desenvolvimento da Criminologia crítica acontece por dentro do paradigma da reação social, mas vai além dele, na medida em que reconhece tanto a irreversibilidade dos seus resultados sobre a operacionalidade do sistema penal, quanto a limitação de suas análises macrosociológicas e mesmo causais, desenvolvendo a dimensão do poder “[...] numa perspectiva materialista, certamente não ortodoxa, cujo nível de abstração macrosociológica mostra as relações de propriedade e de poder em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista”.

Assim, a Criminologia crítica, conforme nos ensina Baratta, pauta-se por dois deslocamentos fundamentais: o primeiro, do autor do delito para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que, na sociedade capitalista, originam os fenômenos de desvio; e o segundo, das causas para os mecanismos de construção da realidade social.

Nesse contexto, o conceito de criminalidade é resignificado, revelando-se, principalmente, como:

[...] um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (ANDRADE, 1997, p. 218).

Ou ainda, conforme Baratta (2011, p. 161), entende-se que a criminalidade é “[...] um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

O novo paradigma, portanto, opera a substituição do conceito de criminalidade pela categoria da criminalização. De acordo com a lição de Zaffaroni e outros (2006, p. 43), são duas as etapas desse processo de seleção. Enquanto a criminalização primária é o ato e o efeito de criar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, exercido pelas agências políticas, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida por policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários sobre pessoas concretas. É nessa segunda etapa que o estereótipo de criminoso acaba sendo o principal critério seletivo.

3.2. Entre o modelo menorista e o protetivo

No segundo capítulo deste trabalho, quando se abordou a recepção da doutrina da proteção integral das Nações Unidas pela Constituição Federal brasileira de 1988 e sua consolidação por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrou-se que tal processo foi interpretado como uma ruptura em relação à sistemática que anteriormente vigorava no país, aqui identificada sob a denominação de modelo menorista. Tanto é assim que os discursos do modelo protetivo sempre trouxeram – e ainda trazem – como premissa fundamental a severa crítica à doutrina da situação irregular e à ideologia da compaixão-repressão que a ela é associada.

Também os reconhecidos intérpretes da legislação menorista – como Alyrio Cavallieri e Liborni Siqueira –, em textos produzidos ao longo da década de 90, destacaram as divergências entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e os Códigos de Menores que o antecederam, normalmente, com o intuito de apontar falhas na nova lei e, ao mesmo tempo, de defender os postulados menoristas.

É possível, porém, encontrar, tanto entre os críticos, como entre os defensores da doutrina da proteção integral e do Estatuto, autores que afirmam, de modo genérico ou específico, a ausência de novidade da Lei nº 8.069/1990 ou de alguns de seus dispositivos, em relação às codificações anteriores.

São exemplos disso as opiniões de Sergio Matheus Garcez, autor de *O novo Direito da Criança e do Adolescente* e, atualmente, professor de Direito Civil na Universidade Federal de Goiás, e de Martha de Toledo Machado. Enquanto o primeiro autor assevera que a lei

estatutária, em relação “ao objeto a ser tutelado” nada mudou, pois ele continua a ser “o menor, a criança e o adolescente” (GARCEZ in CAVALLIERI, 1997, p. 5), Machado, conforme análise já apresentada no tópico 2.2.2., discorda especificamente da “confusão” que o Estatuto teria operado ao elencar, como medidas socioeducativas, também as medidas do art. 101 da mesma lei.

A partir dessas considerações preliminares, passa-se a investigar, quanto ao objeto escolhido para este trabalho, sob a lupa da Criminologia crítica, eventuais permanências menoristas na atuação jurisdicional sobre o adolescente em conflito com a lei no Brasil contemporâneo, tomando como base não apenas o aspecto normativo, mas, preponderantemente, os discursos que se produziram sobre a Lei nº 8.069/1990 ou na sua aplicação. Para tanto, ilustram este tópico julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰ e do Supremo Tribunal Federal, aleatoriamente escolhidos, tão somente com o intuito de demonstrar a repercussão prática da análise ora em construção e, portanto, sem qualquer pretensão estatística ou de delimitação de posicionamentos majoritários desses órgãos.

3.2.1. O estereótipo de menor

Talvez a alteração mais facilmente perceptível do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação aos Códigos de Menores seja a substituição do termo “menor” pelos termos “criança” e “adolescente”. Enquanto a legislação anterior empregava “menor” como substantivo com pleno significado, todas as vezes em que o Estatuto usa a mesma palavra, esta aparece como adjetivo e/ou acompanhada da indicação etária.

Assim, se no Código de Menores de 1979, abundavam expressões como “a proteção aos interesses do menor” (art. 5º, Lei nº 6.697/79), “O estudo do caso do menor no centro de recepção” (art. 9º, §1º, Lei nº 6.697/79), “A escolarização e a profissionalização do menor serão obrigatórias” (art. art. 9º, §2º, Lei nº 6.697/79), “qualificação completa do menor e de seus pais, se conhecidos” (art. 18, V, Lei nº 6.697/79), “A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários” (art. 24, §2º, Lei nº 6.697/79), no Estatuto, por outro

⁴⁰ Indica-se, acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que tange aos direitos de adolescentes em conflito com a lei: FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: **Estudos - Revista Igualdade XXXIII**. Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=689>> Acesso em 29 nov. 2013.

lado, abole-se o emprego do termo de forma isolada para usá-lo apenas diante da necessidade de quantificação etária, como em “crianças menores de 10 anos de idade” (art. 75, parágrafo único, Lei nº 8.069/1990) e “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos” (art. 104, *caput*, Lei nº 8.069/1990).

Apesar de aparentemente singela, observa-se que a mudança de nomenclatura foi aspecto central do movimento social e político que elaborou o projeto do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que se pretendia, por meio da supressão do termo “menor” superar a divisão entre duas infâncias que as legislações anteriores haviam oficializado. Conforme indicado no tópico 2.1.1., os Códigos de Menores abrangiam apenas uma parcela da população infanto-juvenil brasileira, considerada em situação irregular, enquanto as crianças e os adolescentes da época – assim reconhecidas e, portanto, em situação regular – tinham suas demandas decididas nas varas de família, sob a égide do Direito Civil.

A esse respeito, é interessante observar, antes que se passe a uma análise criminológica do termo “menor” e de sua eventual permanência no modelo de atuação jurisdicional do Brasil contemporâneo, como o seu uso foi justificado pelos intérpretes menoristas, dentre os quais, Alyrio Cavallieri. Em sua obra *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*, na qual reuniu 395 objeções ao novo diploma legal, é o próprio ex-juiz de menores quem comenta a substituição do “termo técnico-jurídico menor” por “criança e “adolescente”.

Segundo ele, o alegado estigma carregado pela palavra adviria não de “menor”, mas dos qualificativos de infrator, abandonado, carente, delinquente etc., os quais, a partir da Lei nº 8.069/1990, passariam a ser empregados em relação a “criança” e “adolescente” e estes também se tornariam termos estigmatizantes, razão pela qual a alteração de nomenclatura seria “inócua”. Mais do que inócua, porém, depreende-se da manifestação do autor que a mudança era vista como tecnicamente inadequada, pois criança e adolescente seriam denominações de outras áreas da ciência (CAVALLIERI, 1997, p. 8-9).

Nesse sentido, a fim de que não restem dúvidas quanto ao posicionamento de Cavallieri, cumpre comentar excerto de *Direito do Menor*, a doutrina por ele “inventada”⁴¹ e adotada neste trabalho como referencial teórico do modelo menorista. De acordo com o autor, o “menor” é termo com conotação jurídica inegável, um termo técnico, portanto. E, embora reconheça a vinculação social de certo tom pejorativo à palavra, Cavallieri parece entender

⁴¹ Confira-se nota de rodapé 4.

que esta constituiria mais uma justificativa para a distinção entre “crianças, meninos, garotos, brotinhos” e os menores - abandonados, delinquentes, vítimas, em situação irregular. Tanto é assim que, em nota de rodapé relativa à matéria, conclui: “Seria cômico um pai de família dirigir-se à esposa pedindo providências: - ‘Maria, olha o nosso menor maltratando o papagaio’. E seria trágico se os juizados se chamassem juizados de crianças ou as delegacias de meninos” (CAVALLIERI, 1978, p. 15).

Os menoristas, portanto, assumiam a limitada abrangência do termo e, inclusive, reconheciam, com parcimônia, o significado negativo que a ele era atribuído socialmente. Sustentavam, por outro lado, a adequação técnica da categoria, legitimando, cientificamente, a intervenção sobre um determinado contingente populacional de crianças e adolescentes, as quais, conforme tangenciado no primeiro capítulo, eram provenientes das classes baixas e de famílias desestruturadas, elementos que serão, a partir de agora, mais profundamente analisados.

De acordo com Edson Passetti (1987, p. 13-14), autor de *O que é menor*, a contraposição entre a ideia de uma família organizada e outra desorganizada é fundamental para que se compreenda quem é socialmente identificado como menor. Segundo ele, enquanto os filhos da família dita organizada respeitam a autoridade dos adultos e almejam alcançar o *status* de “bem sucedidos”, os filhos das famílias desorganizadas, nasceram de mãe solteira, são frutos de relações extraconjugais ou de pais que não têm condições de obter seus meios de subsistência pelo trabalho e, por isso, entende-se que deixaram de receber as noções elementares de sociabilidade, “[...] traduzidas pelo respeito à autoridade familiar, porque a família inexistente. Esta criança estará disponível para conviver com 'maus elementos' e 'desviar-se do bom caminho'” (PASSETTI, 1987, p. 14).

Era justamente aos filhos dessas famílias desorganizadas, crianças e adolescentes provenientes das classes baixas, que se destinava o Código de Menores de 1979 e, antes dele, o Código Mello Mattos. O diploma de 1927 tratava de menores abandonados e menores delinquentes, enquanto a lei de 1979 empregava a categoria de menores em situação irregular. Apesar dessa aparente distinção, o que se verificava, tanto em um caso como no outro, era a caracterização do menor abandonado a partir de um modelo de família organizada e abastada, enquanto a delinquência, definida legalmente pela prática de uma infração penal, na interpretação dos menoristas, constituía-se como consequência do abandono e, portanto, da desestruturação familiar e da condição socioeconômica mais precária.

Cumprir salientar, nesse contexto, que, se as disposições do Código de Menores de 1927 e as interpretações que ele ensejou eram muito mais explícitas no que toca à associação entre delinquência, abandono, desestruturação familiar e pobreza, o Código de Menores de 1979 somente evidenciava a existência de uma linha de continuidade entre abandono e delinquência ao prever que ambas eram hipóteses de situação irregular. Mesmo assim, na interpretação que se fazia do dispositivo, a infração da ordem penal era vista como caso a ser analisado objetivamente, prescindindo da interpretação do julgador.

Sob esse argumento, já explicitado no primeiro capítulo, poder-se-ia concluir pela existência de igualdade de tratamento entre os menores de idade a quem eram imputadas infrações penais. Até mesmo porque, diferentemente do Código de Menores de 1927, no processo de apuração de infração penal pelo menor na vigência do Código de 1979, não mais se falava expressamente em abandono e perversão como critérios para definição da medida aplicável ao caso, mas sim em considerar a personalidade, os antecedentes, as condições em que se encontrava o menor, os motivos e as circunstâncias da ação, somando-se, ainda, como subsídio para a decisão, os relatórios das equipes interprofissionais.

Ocorre que, conforme análise de Passetti (1987, p. 34-35), tais estudos, realizados por psicólogos, sociólogos, psiquiatras e assistentes sociais, cumpriam o papel de discernir entre os menores e os adolescentes que cometiam “um ato de rebeldia inerente ao jovem”, isto é, se o indivíduo provinha de uma família dita estruturada, estudava e trabalhava, a infração praticada não era bem uma infração. A ele talvez fosse aplicável uma medida terapêutica, como acompanhamento psicológico. Se o indivíduo, porém, não correspondia a essa descrição, daí sim era o menor, o marginal, aquele que se encontrava debilitado psicológica, biológica e socialmente e que deveria ser recuperado pelas instituições estatais.

Eram essas debilidades, ademais, que levavam à caracterização desses indivíduos como perigosos:

Perante a lei são menores que deverão ser educados para se tornarem adultos respeitosos. Socialmente, são menores oriundos de famílias desorganizadas, incapazes de lhes dar a educação elementar. Psicologicamente são considerados imaturos e portam personalidades com desvios de conduta. Estas características levam o Estado, através da legislação (Código de Menores) e de instituições (Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor), a defini-los como perigosos (PASSETTI, 1987, p. 35).

No mesmo sentido, são as conclusões de Vera Malaguti Batista, autora de *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, obra na qual apresenta os resultados de pesquisa realizada nos arquivos do Dops, da extinta Funabem e da 2ª Vara de Menores do Rio de Janeiro, na qual estudou o deslocamento operado, com a “transição

democrática”, do inimigo interno para o criminoso comum, com enfoque na relação entre drogas e juventude pobre.

Afirma a professora visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que a entrada de quadros técnicos na justiça menorista teve a finalidade de humanizar o sistema, mas, analisando-se os pareceres emitidos por assistentes sociais e psicólogos, ao longo de 180 processos, entre os anos de 1968-1988, verificam-se “[...] conteúdos moralistas, segregadores e racistas carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social” (BATISTA, 2003, p. 117).

O marco teórico indicado pela autora para compreensão do modelo menorista é, portanto, a Escola Positiva italiana, a qual, conforme demonstrado acima, juntamente com a Escola Clássica, era propagadora da ideologia da defesa social. Esta, cumpre recordar, tinha como um de seus princípios estruturantes a dicotomia do bem e do mal, correspondente ao antagonismo entre a sociedade e o indivíduo criminoso. Ademais, no que toca especificamente à Escola Positiva, tem-se o indivíduo criminoso como objeto central de estudo, identificando-se, nesse sentido, o elemento da periculosidade. O crime, sob essa perspectiva, seria um sintoma da personalidade desviada do sujeito que o cometeu.

Hoje, contudo, não mais se verifica, no plano constitucional e legal, uma diferenciação entre duas infâncias. Desde a Constituição de 1988, reconhece-se a condição peculiar de desenvolvimento de quaisquer crianças e adolescentes, os quais são objetivamente identificados por um critério etário. Ademais, de objeto tutelado, passaram a sujeitos de direitos, com a expressa assecuração, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de direitos individuais e garantias processuais.

A hipótese deste trabalho, porém, é de que, até mesmo no plano normativo e, principalmente, na interpretação e na aplicação da Lei nº 8.069/1990, permanece atual a categoria de menor infrator enquanto estereótipo do adolescente em conflito com a lei. Ele continua sendo o jovem proveniente de família desestruturada e pobre, que não estuda e não trabalha e que, ao cometer uma infração penal, deve ser ressocializado pelo Estado.

Esse jovem, que, frequentemente, continuará sendo chamado de “menor”, a despeito das considerações apresentadas no início deste tópico, é também aquele que apresenta atitude suspeita, caracterização que, segundo Batista (2003, p. 102), não se relaciona com o ato

praticado, mas sim com o pertencimento do adolescente a determinado grupo social, não podendo se olvidar aqui o aspecto da cor da pele⁴².

De fato, conforme considerações já apresentadas em outra ocasião⁴³, é tão automática a associação, pelos policiais, entre a denominada atitude suspeita e as características físicas do adolescente, suas roupas, histórico infracional e local de abordagem – o qual, normalmente, com o local em que esse jovem reside – que, ao serem interrogados sobre o que definiria a suspeição, a princípio, demonstram certa perplexidade. Trata-se de uma das diretrizes do processo de criminalização a que se acha submetida a juventude pobre brasileira, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Primeiramente, nota-se que, no plano normativo, em que pese a alcançada unidade formal da infância, é preciso considerar que, em seu art. 103, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de conceituar ato infracional, remete o intérprete à lei penal.

Considerando a exposição realizada no tópico 3.1, observa-se que a primeira etapa do processo de criminalização se dá justamente com a definição das condutas que serão criminalizadas e dos bens que serão protegidos. Aqui cumpre lembrar o que se disse acerca de um dos princípios da ideologia da defesa social: o do delito natural. Muito embora certas relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais” ou “valores”) se apresentem como universais, não se pode olvidar que “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*” (BATISTA, 2007, p. 19). Ou seja, em uma sociedade dividida em classes, as condutas criminalizadas serão escolhidas pela classe dominante de acordo com os interesses desta.

Portanto, retomada a construção do menor infrator, discutida a consolidação de um estereótipo que orienta o processo de criminalização da juventude, e passando-se à verificação dessa hipótese, na tentativa de evidenciar permanências do modelo menorista, é preciso ter clareza que sequer a adoção da remessa à legislação penal constitui um processo objetivo e muito menos neutro. Aspecto válido tanto à época dos Códigos de Menores, quanto hoje,

⁴² O corte racial, na análise do controle social formal exercido não só sobre a juventude brasileira, mas sobre toda a população, reveste-se de grande relevância, mas, assim como outros aspectos importantes, ultrapassava os limites deste trabalho.

⁴³ Trata-se de exposição realizada no artigo “Adolescentes em conflito com a lei e violência institucional: considerações sobre o sistema socioeducativo a partir da Criminologia Crítica”, o qual foi apresentado durante o IV Seminário de Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina, ocorrido na Universidade do Estado Rio de Janeiro, entre os dias 21, 22 e 23 de novembro de 2012.

embora não possa ser caracterizado como especificidade do processo de criminalização de crianças e adolescentes.

No plano doutrinário, por sua vez, trazem-se dois excertos de publicações recentes que demonstram a permanência do estereótipo do menor infrator em tempos de Estatuto. O primeiro deles é do desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Napoleão do Amarante, um dos colaboradores da obra *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*, largamente empregada neste trabalho. Ao explicar sobre o art. 103 da Lei nº 8.069/1990, o autor delineia o cenário que levaria os adolescentes a praticar atos infracionais – a falta do lar, dos pais e de condições socioeconômicas mínimas – e, em consequência disso, faria do ato infracional uma rotina, inserindo o “menor” no mundo da criminalidade.

Considerando a metodologia deste trabalho, entende-se mais adequada a reprodução literal do trecho:

É verdade que a orientação nascida no próprio berço configura, sem sombra de dúvida, o melhor caminho para determinar o comportamento da criança e do jovem. Mas, sem lar, ou com pais ausentes, ao largo dos dias que fluem, sem o atendimento das mínimas necessidades, as portas se abrem às mais negras perspectivas. E, a partir daí, a prática de infrações penais, que deveria constituir-se ‘num fato excepcional’, a colocar no mesmo nível dos criminosos adultos os menores que convivem habitualmente no mundo da criminalidade (AMARANTE in CURY, 2010, p. 492).

O segundo excerto foi retirado da obra coordenada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel e publicada pelo IBDFAM. O capítulo referente ao ato infracional, escrito por Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, traz comentário das autoras acerca do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê: “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”. De acordo com elas, muito embora em casos de “crimes” como roubo, homicídio e sequestro, *deva* (o dispositivo legal emprega, conforme transcrito, o verbo *poder*) ser imposta a internação, há situações em que ela não será a mais adequada, pois

Existem jovens que cometem ato infracional desta natureza, **porém possuem bom referencial familiar, estão inseridos no meio escolar, nunca se envolveram em outras práticas delituosas, demonstram sério arrependimento pelo que fizeram** e, portanto, outra medida pode se apresentar capaz de promover a sua reintegração social de maneira eficaz (MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1100-1101) (grifou-se).

Há, portanto, quatro elementos, segundo as autoras, que poderiam contribuir para a fixação de medida diversa da de internação mesmo em se tratando de atos infracionais

cometidos mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa – família, escola, ausência de antecedentes e arrependimento.

Na sequência, porém, afirmam que os adolescentes com bom referencial familiar, inseridos na escola e primários seriam “raros casos”. A partir disso, poder-se-ia depreender que, segundo Moraes e Ramos, a maioria dos adolescentes que se encontra na situação prevista pelo art. 122, I, do Estatuto, não recebe medida diversa da medida de internação por não contar com bom referencial familiar, por não estar inserido na escola e por já ter se envolvido anteriormente com a prática de atos infracionais.

Se tais fatores, por si só, já rendem discussão, causa ainda maior estranheza observar que a justificativa apresentada pelas autoras para esse cenário é a de que os adolescentes se encontram altamente comprometidos com a seara ilícita e de que, precocemente, têm suas personalidades deterioradas, retomando a velha prática da psicologia individual. Segundo elas, “Os adolescentes das grandes cidades têm sido verdadeiramente tragados pela intensa depravação de hábitos e costumes e pela crise ética do mundo atual”, verificando-se contribuição determinante do consumismo e da competitividade da sociedade para tornar sedutor o mundo da delinquência (MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1101).

Finalmente, no plano jurisprudencial, realizada pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de ilustrar nossa hipótese de trabalho, conforme pontuado na introdução deste capítulo, constatou-se que a periculosidade dos denominados menores infratores e a desestruturação familiar são implícita e expressamente apontadas como fundamento para a manutenção ou reforma de decisões, quase sempre envolvendo discussão em torno da medida socioeducativa que seria mais adequada ao caso.

Assim, passa-se à apresentação e comentário de alguns julgados.

O primeiro deles é um *habeas corpus* originário da Comarca de Joinville, julgado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 13/07/2010, com relatoria do desembargador Rui Fortes. No caso, o adolescente se encontrava internado provisoriamente pela suposta prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado (art. 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal), contra o genitor, e a defesa requereu a revogação da decisão interlocutória que determinara a contenção provisória, com a consequente liberação do adolescente, o que foi concedido.

Nesse contexto, interessa-nos, sobretudo a justificativa para a concessão da ordem pelo Tribunal. De acordo com a ementa do acórdão, a decisão que determinara a internação

provisória se baseara exclusivamente na gravidade do ato infracional imputado ao adolescente, sem tomar em consideração que ele não tinha antecedentes infracionais, frequentava o ensino fundamental, tinha família e residia com a genitora no distrito da culpa.

A esses aspectos, associou-se a ausência de “ameaça à ordem pública” pelo adolescente, empregando-se também como argumento o fato de não se ter notícia de que o representado era “perigoso”:

A parcial concessão da ordem diz respeito à intimação provisória do paciente, fundamentada, unicamente, na gravidade do ato infracional perpetrado, a qual não é suficiente para justificar medida tão severa. Na espécie, embora o paciente responda pela prática de ato infracional grave - homicídio duplamente qualificado contra seu genitor -, a contenção cautelar, baseada na gravidade do delito, não é suficiente, **frente ao fato de que o menor não representa ameaça à ordem pública**, pois, ao que tudo indica, agiu em defesa de sua genitora, além de ter comparecido espontaneamente perante a autoridade policial e ao representante do Ministério Público. **Destaca-se, ainda, que não há notícia de que o paciente é perigoso. Além de que, cursa o ensino fundamental, possui família e residência fixa no distrito da culpa** (fls. 16). (TJSC, Habeas Corpus n. 2010.037407-8, de Joinville, rel. Des. Rui Fortes, j. 13-07-2010) (grifou-se).

Por outro lado, a mesma Câmara Criminal, ao julgar *habeas corpus* originário de Balneário Camboriú, em 20/07/2010, com relatoria do desembargador Newton Varella Júnior, decidiu denegar a ordem pleiteada, entendendo que, a despeito de o adolescente, a quem se imputava a prática de ato infracional análogo ao crime de roubo qualificado (art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal), ter residência fixa, trabalho lícito e família constituída, por ser investigado em outros procedimentos análogos, não caberia revogação da decisão que determinou expedição de mandado de busca e apreensão.

Analisando-se o inteiro teor do acórdão, podem se aventados dois argumentos preponderantes para a negativa de concessão de ordem. O primeiro deles diz respeito à caracterização da família do adolescente, que, com 19 anos de idade, já vivia em união estável e aguardava o nascimento do filho. Ou seja, tratava-se de família que não correspondia propriamente ao modelo de família organizada exposto acima.

O segundo se refere àquilo que, por vezes, é interpretado como “tendência para a prática de infrações” e que toma como fundamento o número de atos infracionais já praticados pelo adolescente. No caso em tela, muito embora não se fale expressamente em “tendência”, cumpre observar que se justificou a denegação da ordem em razão do número de procedimentos em que o adolescente era investigado, tomando-se como parâmetro para a identificação de uma conduta reiterada casos em que sequer houvera prolação de sentença e, muito menos, trânsito em julgado, numa flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se, por exemplo, o julgamento, pela Quinta Turma, de *habeas corpus* originário do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedendo a ordem para determinar a cassação do acórdão recorrido que impusera medida socioeducativa de internação e restabelecer a decisão monocrática que aplicara ao adolescente medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pela prática de ato infracional equiparado do delito de roubo.

Como fundamento, colhe-se do voto da relatora, ministra Jane Silva, convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que a gravidade genérica da conduta imputada ao jovem, assim como a genérica alegação de sua periculosidade – a palavra vem expressa no voto –, não têm o condão de, isoladamente, fundamentar medida socioeducativa mais gravosa. Observa a relatora que a conduta do adolescente não foi dotada de excessiva violência; que não se verificou a reiteração da prática de atos infracionais e que o adolescente “[...] possui respaldo familiar, não havendo qualquer dado nos autos que demonstre estar o jovem sofrendo influências do meio social ou inserido na criminalidade” (HC 84.710/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 333).

Em julgado mais recente da mesma Quinta Turma, também referente a um *habeas corpus* de São Paulo, tratando-se de adolescente que cometera atos infracionais equiparados aos crimes de tráfico de drogas, de ameaça, de furto e tentativa de furto, decidiu-se pela manutenção da medida socioeducativa de internação aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. De acordo com o voto da relatora, Ministra Laurita Vaz, verificou-se a reiteração de atos infracionais graves, encontrando a aplicação de medida socioeducativa mais gravosa respaldo no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, nos termos da ementa do acórdão:

[...] 2. Na hipótese, a decisão que aplicou a medida socioeducativa de internação ao Paciente não levou em consideração apenas a gravidade abstrata do ato infracional praticado. Com efeito, **justificou motivadamente a necessidade da medida, em razão da periculosidade do menor, concretamente evidenciada pelo cometimento de outros atos infracionais e pela falta de referencial familiar.** 3. Ordem denegada (HC 211.171/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011) (grifou-se).

Logo, também na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, pode-se localizar exemplos em que a existência de um referencial familiar afasta a aplicação de medida socioeducativa mais gravosa e é empregada como critério para afirmar que o adolescente não se encontra “inserido na criminalidade”, como se esta constituísse um mundo

à parte. Por conseguinte, a falta do referencial, juntamente com o cometimento de infrações anteriores, é interpretada como evidência da condição periculosa do adolescente, justificando uma intervenção estatal mais severa.

A questão familiar, que compõe o estereótipo do menor infrator é também referida sob outras denominações. Em acórdão prolatado em 12/04/2011, cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp, denegou-se a ordem requerida em sede de *habeas corpus* para manter a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que aplicara ao adolescente a medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional análogo ao delito de furto tentado. Sustentou-se a inexistência de constrangimento ilegal, pois, em que pese não ter sido o ato praticado mediante ameaça nem violência contra a pessoa, o referido jovem já teria diversas passagens pela Vara da Infância e da Juventude e as medidas mais brandas não se teriam mostrado eficazes, tampouco se submetendo o adolescente ao “controle familiar”.

Considerando ainda que o adolescente admitiu a prática de atos infracionais em razão de sua “dependência toxicológica severa”, afirmou o relator que, diante do escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente – a proteção integral –, era cabível a internação para resguardar a incolumidade física e mental do adolescente e para tentar reinseri-lo na sociedade, concluindo que o magistrado de 1º grau, ao sopesar a “prática reiterada de atos infracionais análogos pelo menor, a sua dependência toxicológica, a ausência de submissão do adolescente ao controle dos seus genitores, a sua personalidade, a ineficácia das medidas socioeducativas mais brandas”, não causou constrangimento ilegal.(HC 170740/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011).

Aliás, o mesmo acórdão apresenta, em sua fundamentação, transcrições de excertos da sentença de 1º grau que aplicou a medida de internação e do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que confirmou esse entendimento, os quais, por seu significativo teor, serão também aqui reproduzidos.

Da sentença do juízo da Vara da Infância e da Juventude de Tramandaí, extrai-se, como fundamento para a aplicação da medida socioeducativa, que:

Atualmente internado, pois vinha se envolvendo reiteradamente com esta espécie de delito [ato infracional análogo ao crime de furto], em razão do uso de drogas, que não é causa excludente de ilicitude. Não estudava. Não trabalhava. Não se submetia à autoridade dos responsáveis. Como se pode constatar, há forte tendência a reiteração de furtos. Daí se apresenta recomendável a internação, nos termos do art. 122, § 1o, do ECA, considerando a proporcionalidade da medida aos atos praticados que, sob uma visão abrangente de todas as circunstâncias (fáticas e pessoais do agente), demonstram a exigência de um mínimo de contenção, necessária para a reeducação, resgate de valores morais e éticos, bem como necessária para tratamento contra a drogadição (fl. 51) (HC 170740/RS, Rel.

Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011) (grifou-se).

Aqui, tem-se exemplo de manifesta menção a uma suposta “tendência” para a prática de atos infracionais de furto, o que nos remete a uma concepção etiológica da infração, como se esta fosse sintoma dos caracteres biopsicosociológicos do indivíduo. Aliás, a tendência é explicada pelos fatores que compõem o estereótipo do menor infrator, que não estuda, não trabalha e não respeita os responsáveis, devendo ser contido para que se promova a sua reeducação.

A manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, talvez contenha manifestação ainda mais explícita de uma percepção criminológica positivista e, assim, menorista, não só quando afirma que o número significativo de antecedentes do adolescente e a aplicação de outras medidas socioeducativas sem que estas conseguissem conscientizá-lo revelariam “um grave desvio de conduta” a “ausência de limites comportamentais”, mas, em especial, quando se posiciona favoravelmente à aplicação cumulativa de medida socioeducativa de tratamento à drogadição, pois esta “virá em seu próprio benefício, pois poderá se tornar uma pessoa de bem e reintegrar-se à sociedade” (HC 170740/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011).

Quando o acórdão explicitamente assevera que o adolescente, submetido a ambas as medidas – de internação e de tratamento à drogadição – “poderá se tornar uma pessoa de bem”, quem fala é o princípio do bem e do mal da ideologia da defesa social.

O último acórdão trazido a fim de ilustrar a manutenção da categoria do menor infrator é, diferentemente dos anteriores, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ao decidir sobre um *habeas corpus* impetrado em face de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que impôs ao adolescente medida socioeducativa de internação, o fundamento apresentado pela relatora, ministra Alderita Ramos de Oliveira, desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi, porém, o mesmo dos acórdãos acima comentados: a desestruturação familiar.

Ocorre que, nesse caso, não se limitou a expressões como “referencial familiar”, mas asseverou que se tratava de adolescente que “vive em família desestruturada que não lhe impõe limites”. Assim, pôs em evidência também o significado da expressão, tal qual análise realizada acima, isto é, de que a família desestruturada é aquela que falha na transmissão das noções elementares de sociabilidade do adolescente, não impondo a ele os devidos limites. E, na sequência, concluiu pela “inaptidão do menor para cumprir com os deveres exigidos em

caso de aplicação de medida socioeducativa em meio mais brando do que a internação” (HC 254060/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 20/08/2013).

Ante o exposto, em que pese não se ter localizado, em pesquisa não exaustiva, acórdão que mencionasse as condições socioeconômicas do adolescente como fundamentação, verificou-se que, tanto em decisões provenientes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto do Superior Tribunal de Justiça, empregava-se, alternadamente, a expressão “menor” ou “menor infrator” e se indicava a ausência de “referencial familiar” ou de “respaldo” e, até, mesmo, a “falta de controle dos filhos pelos pais” e a “família desestruturada” como critério para aplicação de medida socioeducativa, associada a outro velho indicativo positivista: a “periculosidade”.

Assim como a desestruturação familiar apareceu como indicativo de perigo, também a prática anterior de outras infrações foi interpretada como sinal da periculosidade do adolescente. Por conseguinte, constatando-se a presença de um indivíduo perigoso, indicaram as decisões o tipo de medida que a ele deveria ser aplicada e a finalidade destas. Esta é justamente a temática do próximo item.

3.2.2. Aplicação e finalidade da medida socioeducativa

No segundo capítulo deste trabalho, já foram abordados vários aspectos relativos à aplicação e à finalidade das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em relação à execução dessas medidas, nos termos da Lei nº 12.594/2012. Dentre estes, destacam-se a manutenção terminológica de algumas das medidas previstas no rol do art. 14 do Código de Menores de 1979 e as medidas socioeducativas do art. 112 do Estatuto; a severa crítica de Martha de Toledo Machado ao teor do art. 112, VII, do Estatuto, e, por outro lado, a defesa desse dispositivo por parte de Oliveira e Veronese, bem como considerações em torno da duração por tempo indeterminado de algumas medidas socioeducativas.

Apesar da multiplicidade de aspectos, entende-se que, de alguma forma, todos se delineiam sobre o mesmo pano de fundo, que é o de identificação da natureza da medida socioeducativa. Trata-se, conforme amplamente discutido no tópico 2.2.2. deste trabalho, da divergência fundamental entre defensores de um Direito Penal Juvenil e os adeptos da

responsabilização estatutária. E discutir a natureza da medida socioeducativa é, necessariamente, falar sobre sua finalidade ou seus objetivos, os quais, se não são explicitamente indicados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a ser legalmente definidos pelo art. 2º da Lei nº 12.594/2012.

Neste tópico, portanto, o que se pretende é aprofundar as discussões em torno da natureza e da finalidade da medida socioeducativa, sob a luz das categorias expostas no item 3.1., procurando identificar como as diferentes posições doutrinárias e seus postulados têm encontrado respaldo na prática dos tribunais brasileiros e, a partir disso, observar eventuais permanências menoristas ou evidenciar as rupturas provocadas pelo modelo protetivo e suas hermenêuticas.

Assim, a título de contextualização, cumpre assinalar que, no plano normativo, prevê-se que as medidas socioeducativas do art. 112 serão aplicadas de acordo com a capacidade do adolescente para cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Elas poderão ter prazos mínimos ou máximos de duração e, nos termos da recente lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, visarão à responsabilização do adolescente, à sua integração social e à desaprovação da conduta infracional. A mesma Lei nº 12.594/2012 faz referência a um processo de ressocialização do adolescente⁴⁴.

A esse respeito, nota-se que a ressocialização também é apontada como *objetivo declarado* do sistema penal e que corresponde ao conteúdo do princípio da finalidade da ideologia da defesa social. Sob essa perspectiva, as penas privativas de liberdade, ao promover concretamente a ressocialização daqueles que infringiram uma norma penal, combateriam a criminalidade, prevenindo a prática de outras infrações pelo sujeito penalizado (prevenção especial) e pelo restante da sociedade (prevenção geral). Assim, constituiriam mecanismo de redução de criminalidade.

É também sob esse viés que se proclama que a estratégia encarceradora faliu, tal como o mostram as estatísticas de reincidência nacionais e pesquisas sobre os estabelecimentos prisionais brasileiros, reconhecidos pela superlotação e pela ausência de condições sanitárias mínimas. Tanto é assim que afirma Andrade (2009, p. 40): “Uma

⁴⁴ Há, especificamente no que diz respeito à Lei nº 12.594/2012, outro dispositivo que, por si, rende farta análise quanto à manutenção de características menoristas. Trata-se do art. 43, segundo o qual “Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.” Indica-se, a esse respeito: MAY, Brigitte Remor de Souza. Reflexões sobre a substituição por medida mais gravosa: os princípios e objetivos da execução da medida socioeducativa na Lei 12.594/2012. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, A BMP; Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 125-150, ano 1, jan/jul.2013.

sentença condenatória à pena de prisão hoje representa uma sentença condenatória ao risco da pena de morte indireta, e sobre isto tem que haver mais do que mediana clareza”.

Há que se ressaltar ainda que a pena privativa de liberdade, quando não mata, representa uma notável piora na qualidade de vida do indivíduo egresso do sistema, que passa a enfrentar maiores dificuldades de acesso a direitos fundamentais. Assim, soma-se à precária situação de vida anterior do sujeito – que, não à toa, caracteriza a maior parte da clientela do sistema e que, frequentemente, contribui para a realização da conduta classificada criminalmente como forma de reprodução e de subsistência – o estigma de “preso”, “detento”, “periculoso”. Isso significa que a prisão, para além de não cumprir a promessa ressocializadora, contribui ainda mais para o aprofundamento da pobreza e, por conseguinte, para a intensificação do processo de criminalização.

Por outro lado, deve-se notar que a prisão atende plenamente aos seus *objetivos escusos*, isto é, funciona como meio eficiente de isolamento e depósito das parcelas da população que, em tempos de neoliberalismo, isto é, de mercado máximo e de Estado socialmente ausente, não são boas consumidoras, não produzem e, constituídas por vagabundos ou miseráveis, são criminalizadas.

Trata-se da grande contribuição do *labeling approach* para o posterior desenvolvimento do criticismo criminológico. A partir do momento em que a compreensão da criminalidade passa a pressupor o papel do sistema penal, fragiliza-se o argumento ressocializador, na medida em que a criminalidade é definida pelo sistema.

Essas conclusões, conforme já tangenciado ao longo do trabalho, aplicam-se plenamente ao ato infracional e ao sistema socioeducativo. E, pelos mesmos motivos, também na seara infracional, deverá ser questionada a intervenção estatal calcada sobre a justificativa ressocializadora. Assim como determinados indivíduos recebem o *status* de criminosos, também o *status* de menor infrator é desigual – mas não aleatoriamente – distribuído entre a juventude brasileira.

Aliás, se considerada a retrospectiva histórica do Direito do Menor no país, não restam dúvidas de que a falácia da ressocialização mostra-se ainda mais nefasta. Afinal, sob o argumento da proteção e recuperação, eram os menores submetidos à aplicação de drásticas medidas, decididas conforme a discricionariedade dos magistrados. Isso tudo sem que se assegurassem, sequer no plano normativo, quaisquer garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. O Direito Penal, afinal, sob o argumento da autonomia do Direito do Menor, era completamente rechaçado pelos autores menoristas, redundando na

supressão de direitos individuais que, ao menos formalmente, eram garantidos aos adultos pela Dogmática.

Hoje, considerando que as hermenêuticas do modelo protetivo se distinguem justamente quanto à natureza e à finalidade da medida e, por conseguinte, também quanto ao tipo de relação que o Direito da Criança e do Adolescente tem com o Direito Penal, cumpre que se apresente, a fim de complementar as observações já realizadas anteriormente neste trabalho, o que disseram os clássicos intérpretes do menorismo a esse respeito após a promulgação do Estatuto.

Primeiramente, nota-se que, enquanto os hermeneutas da socioeducação travam instigantes discussões sobre o caráter sancionatório ou meramente pedagógico das medidas socioeducativas, Wilson Barreira, ex-desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não demonstra qualquer dúvida quanto ao empréstimo, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de tratamento processual penal aos adolescentes a quem se imputam atos infracionais, o que é por ele taxado ora de equívoco, ora de desastre. Sua conclusão é que se criou uma nova categoria de criminosos - “menores de 18 anos, delinquentes profissionais estimulados pelas penas brandas”, pois, ao serem processados e julgados, estes passariam a corresponder ao papel que lhes foi, a partir de então, reservado (BARREIRA in CAVALLIERI, 1997, p. 98-99).

Nesse sentido, quando Alyrio Cavallieri (1997, p. 58-59) comenta o art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que este, ao prever como critério para a aplicação das medidas socioeducativas a gravidade da infração deixa transparecer o caráter retributivo da medida, que é princípio do Direito Penal, inadequado do Direito do Menor. De acordo com o autor, muito embora a proporcionalidade tenha sido contemplada pelas Normas de Beijing, trata-se de critério que caberia apenas nos sistemas juvenis de caráter penal e não em um sistema “eminentemente educativo, como o brasileiro”, referindo-se ao modelo menorista.

Era, portanto, sob o argumento da reeducação dos menores infratores, a qual não se confundiria com a sistemática penal, que os menoristas sustentavam a indeterminação de prazos das medidas socioeducativas, a possibilidade de que elas fossem substituídas a qualquer tempo e que se estendessem até que a reeducação fosse, de fato, verificada. Conforme já salientado em momento anterior, sob a égide do Código de Menores de 1979, era possível que o menor, ao alcançar a maioridade sem que tivesse sido reeducado, permanecesse sofrendo intervenção do Estado, mas, a partir de então, do juízo da Vara de Execução Penal.

Assim, o estabelecimento de certos prazos para cumprimento das medidas socioeducativas e, principalmente, a inquestionável previsão de que o Estatuto se aplica apenas aos menores de 18 anos de idade e, excepcionalmente, àqueles que estiverem entre os 18 e os 21 anos de idade, é uma das mais significativas manifestações de ruptura do modelo protetivo para com o modelo menorista.

Ocorre que, no plano doutrinário, há autores, que, sem serem os clássicos críticos estatutários, questionam até hoje, sob o mesmo argumento empregado pelos menoristas – o de que a reeducação não tem prazo de duração previsível – os dispositivos do Estatuto e falam na necessidade de reforma da lei. Dentre ele, tem-se Tarcísio José Martins Costa, ex-desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e autor de *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, publicado pela Del Rey em 2004.

Citado na obra de coordenação de Kátia Regina Andrade Lobo Maciel, o referido autor defende que sejam revistos não só os prazos fixados para as medidas de internação (45 dias para a provisória, três meses para a internação-sanção e três anos para a definitiva), mas também os prazos para a revisão das medidas, pois não seria aceitável que

[...] o prazo de reeducação de um adolescente, com grave deformação de personalidade, que tenha praticado crimes bárbaros, como estupro, homicídio ou latrocínio, fique limitado obrigatoriamente a três anos. É evidente que se ao término desse prazo, depois de submetido a sucessivas avaliações, não apresentar condições favoráveis, em razão de sua personalidade gravemente comprometida, será de todo temerário liberá-lo para um regime em meio aberto (COSTA *apud* MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1109).

O trecho é primoroso ao articular elementos da Criminologia etiológica e exprime, de forma sintética, a essência da ideologia da defesa social, o que, no contexto do modelo protetivo, poderia ser visto, a princípio, como uma exceção que confirma a regra.

Não se trata, contudo, de um posicionamento isolado. As autoras Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, ao comentar o assunto, tendo trazido a citação de Costa, afirmam que uma internação de três anos muitas vezes se mostra insuficiente para a “reintegração” do jovem à sociedade e não condizente com o ato infracional por ele praticado, gerando sentimentos de impunidade e de revolta. Asseveram ainda que, para além de uma reforma legislativa, seria necessária profunda conscientização dos aplicadores quanto à sua responsabilidade no momento da interpretação, pois “De nada adiantará contarmos com leis mais firmes se não houver a correspondente extração de todos seus efeitos pelos respectivos aplicadores” (MORAES; RAMOS in MACIEL, 2011, p. 1110).

Passa-se, agora, à análise de alguns acórdãos a fim de ilustrar de que modo os tribunais têm compreendido a finalidade da medida socioeducativa e quais as divergências doutrinárias entre Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária que encontram reflexo prático.

Em apelação interposta perante sentença do juízo da infância e da juventude da Comarca de Chapecó, dentre outros pedidos, requereu a defesa que a medida de internação aplicada ao adolescente fosse alterada para medida menos gravosa, em atenção ao princípio da excepcionalidade que orienta aquela.

Em acórdão relatado pelo desembargador Torres Marques, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que, apesar de se tratar de ato infracional análogo ao crime de roubo qualificado, a medida de internação era, de fato, demasiadamente severa em face do caso concreto.

Conforme se extrai da íntegra do acórdão, considerou-se que o adolescente, com apenas 14 anos de idade, não registrava outras ocorrências e, tendo permanecido internado provisoriamente durante a instrução do processo, já teria refletido o suficiente sobre seu comportamento. Aqui estaria caracterizada a finalidade pedagógica da medida socioeducativa, isto é, na reflexão sobre o ato infracional a fim de que não venha a repeti-lo.

Nesse contexto, asseverou o relator: “Dessa feita, as circunstâncias acima descritas demonstram que a aplicação imediata da medida mais gravosa pode deturpar a sua finalidade precípua e, ao invés de recuperar o adolescente, pode conduzi-lo à senda infracional”. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.050586-8, de Chapecó, rel. Des. Torres Marques, j. 28-08-2012).

De modo semelhante, ao julgar apelação criminal originária da Comarca de São Lourenço, a Segunda Câmara Criminal do mesmo Tribunal de Justiça ressaltou que o objetivo das medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é a recuperação do adolescente e não sua penalização, haja vista o princípio que orienta a lei estatutária, qual seja, o de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, a efetivação de seus direitos fundamentais.

No caso sob análise, discutia-se a possibilidade de aplicar ao adolescente remissão, excluindo o processo. O entendimento da Câmara, porém, foi o de que as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a personalidade do adolescente, não eram favoráveis à aplicação da medida, a qual exigiria também a comprovação de que tivera menor participação

no ato infracional. Por tudo isso, manteve-se a decisão de 1º grau, que impusera ao adolescente a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Acerca dessa medida, extrai-se ainda do acórdão:

Por meio da referida medida, o menor não perderá, em momento algum, o contato social, mantendo o convívio familiar intacto e, ainda, se sentirá útil mediante a prestação de auxílio à sociedade, o que, por certo, o fará refletir e terá consciência do delito cometido, a ponto de cumprir a pena seu caráter de reabilitação, prevenção e ressocialização (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2008.032476-0, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 05-08-2008).

Destaca-se do excerto, em primeiro lugar, a referência ao “menor”, o que, aliás, permeia todo o acórdão, cabendo observar, principalmente, o uso do termo quando se menciona a “tendência” para a prática de atos infracionais, o que impedira, de plano, a concessão do benefício da remissão. Em segundo lugar, não se pode desconsiderar a referência a “delito” e “pena”, em especial, porque consta da fundamentação do mesmo julgado a afirmação de o que o adolescente não deve ser penalizado. E, finalmente, cumpre salientar as consequências que se espera que a medida socioeducativa, tal qual a pena é justificada no Direito Penal, cumpra: reabilitação, prevenção e ressocialização.

Traz-se ainda um terceiro julgado em que também se apontaram como finalidades da medida socioeducativa a reeducação e a ressocialização, acrescentando a esse rol a finalidade de responsabilizar o adolescente. Trata-se de outro acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de relatoria do desembargador Ricardo Roesler, em que se discute apelação originária da Comarca da Capital, na qual a defesa se insurgiu contra a medida de semiliberdade aplicada a um adolescente que praticou os atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas, por seis vezes, uso de drogas, furto qualificado pelo concurso de agentes e direção de veículo automotor sem habilitação.

Em análise do inteiro teor do acórdão, verifica-se que a medida socioeducativa aplicada pelo juízo *a quo* é mantida por se entender que o adolescente, tendo praticado todos os atos infracionais acima elencados no curto período de aproximadamente um ano, já “encontrou o caminho da criminalidade”. Os atos, ademais, seriam graves e é esta a premissa para que se afirme a necessidade de “reeducação e ressocialização, com atendimento psicológico, pedagógico e social, a fim de que [o adolescente] não volte a delinquir”.

Tal qual nos exemplos anteriores, sempre se dedica parte da fundamentação à doutrina da proteção integral, aos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e ao teor do art.

112, §1º, da Lei nº 8.069/1990, concluindo-se, invariavelmente, que é preciso avaliar qual a medida socioeducativa que mais se ajusta à situação, isto é, qual a medida mais adequada.

Nesse sentido, colhe-se da conclusão do relator que a aplicação da medida socioeducativa “possibilita a responsabilização do infrator de maneira proporcional ao seu ato infracional, afigurando-se como a medida mais indicada para acompanhá-lo, auxiliá-lo e orientá-lo” e, ainda, visa “à segurança da sociedade e do próprio menor” (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.044834-8, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 25-09-2012).

O conjunto de julgados acima permite algumas considerações. Observa-se, assim como ocorreu na análise jurisprudencial do tópico anterior, que o estereótipo do menor infrator – usualmente referido dessa forma – é a principal diretriz para a aplicação da medida socioeducativa e não a espécie de ato infracional praticado. As condutas infracionais são, de fato, mencionadas a fim de corroborar o argumento da periculosidade, seja pelo modo como foram executadas, seja pelo número de vezes em que foram praticadas pelo mesmo adolescente. Nesse sentido, pode-se concluir pela existência de significativa diferença quanto ao Direito Penal, no qual existe correspondência mais rígida entre a infração praticada e a pena a ser aplicada.

Por outro lado, em que pese a menção aos princípios da proteção integral e a uma finalidade pedagógica da medida socioeducativa, esta é sempre justificada conforme os objetivos declarados das medidas repressivas do sistema penal: a reeducação, a ressocialização e a prevenção de novos delitos ou atos infracionais. E, nesse sentido, não se pode deixar de notar que, em tempos de vigência dos Códigos de Menores, a despeito das alegações de seus intérpretes quanto à autonomia do Direito do Menor, os objetivos aparentes daquele modelo de atuação jurisdicional eram também reeducar e ressocializar, os quais, segundo Batista (2003, p. 125), encobriam o verdadeiro objetivo de “[...] manter sob controle uma parcela muito bem delimitada da população”.

Nesse contexto, mostra-se de grande relevância a disputa entre as hermenêuticas do modelo protetivo, pois, se sob a perspectiva do Direito Penal Juvenil, a medida socioeducativa é visualizada também como uma sanção com caráter retributivo, aplicando-se a ela todas as críticas destinadas ao Direito Penal, sob a perspectiva da responsabilização estatutária e de uma medida socioeducativa com finalidade apenas pedagógica, tem-se a legitimação para interpretações anômalas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Talvez o exemplo mais flagrante disso seja a Súmula 342 do Superior Tribunal de Justiça, datada de 27/06/2007, segundo a qual “No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”. Nos precedentes que ensejaram a manifestação sumular do STJ, bem como nos casos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, verifica-se que não raro, em tribunais de todo o país, diante da confissão do adolescente a quem se imputava a prática de ato infracional, suprimia-se a fase de instrução do feito, aplicando-se, de imediato, a medida socioeducativa, inclusive, as de semiliberdade e internação.

Nesses casos, verifica-se que o suposto defensor do adolescente anuíria com a representação ministerial sob o argumento de que a medida socioeducativa não teria por escopo a penalização do representado e que, por conseguinte, o processo infracional, ao ser conduzido pelos atores do sistema de justiça da infância exigiria destes a adaptação das previsões tipicamente penais ou processuais penais. De fato, conforme se exemplificará a seguir, a medida socioeducativa, vista como diametralmente oposta à pena, tinha sua aplicação imediata justificada por sua finalidade pedagógica distinta.

Em acórdão relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2001, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu pelo provimento de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, no qual se requeria a declaração da nulidade do processo de ato infracional que, após a confissão dos adolescentes em audiência de apresentação e considerando a desistência do defensor em produzir provas, aplicou aos representados, sem que se realizasse audiência de instrução e julgamento, a medida socioeducativa de internação.

Da íntegra do acórdão, colhe-se manifestação do defensor em contrarrazões ao recurso de apelação interposto pelo representante ministerial:

O momento crucial que passa o adolescente desajustado, o menor infrator, quando do final do processo, após devidamente provado sua culpa, a ser submetido à medida sócio educativa de internação, é por demais traumático, sendo necessário que os profissionais do Direito entendam suas necessidades e que adaptem quaisquer mandamentos à nível de Lei à realidade do interessado, o menor infrator. Qual seria a melhor defesa dos representados que comprovadamente teriam em co-autoria ceifado a vida de também um adolescente? Qual seria a melhor defesa aos representado (sic) que contam com um curriculam tão vasto com os apresentado (sic) aos adolescente (sic) infratores e que fazem parte ativa dos autos? Seria saudável juridicamente simplesmente este Defesor Público pedir a absolvição dos representado (sic) para ver satisfeito o princípio da ampla defesa? O mesmo requerer que lhes fosse aplicada qualquer medida sócio educativa diferente da internação diferente da internação por ser a mais violenta delas? Conhece este defensor público seus mandamentos e sua responsabilidade, porém, em nome da mais ampla defesa aos representados é que concordou com as alegações do Ministério Público, entendendo até que seria eficaz aos mesmos a internação, acompanhada de toda a assistência que devem ter os

adolescentes infratores afim (sic) de que seu futuro seja preservado socialmente. [...] somente pugnou, este defensor público, pela medida sócio educativa de internação por entender ser a melhor forma para ressocializar os representados, que de seis em seis meses são reavaliados por profissionais da área social, e colocados já prontos à reentrada na sociedade, no meio dela, assim como no meio familiar, que repetimos neste momento têm pavor de recebê-los em seus seios (sic) implorando para que a Justiça os tenha e que neles desse jeito, tal a violência dos mesmos (RE 285571, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2001, DJ 06-04-2001 PP-00104 EMENT VOL-02026-13 PP-02802 RTJ VOL-00177-01 PP-00470).

Ao se analisar as palavras do defensor, não restam dúvidas de que elas são orientadas pela lógica da compaixão-repressão que caracterizava a doutrina da situação irregular e, de acordo com a terminologia aqui empregada, o modelo menorista. Quando defende a medida de internação, o advogado do caso em tela o faz porque, supostamente, ela seria a melhor defesa dos representados, entendendo que as alegações de teses tipicamente penais – como pedir pela absolvição ou pela aplicação de medida menos gravosa – não seriam “saudáveis juridicamente”. A esse respeito, cumpre observar que é o “vasto curriculum” e a “violência” dos adolescentes, cujas famílias “imploram” para que a Justiça “dê um jeito” neles que embasam toda a manifestação do defensor.

Assim, decorridos mais de dez anos da promulgação do Estatuto – tendo-se em vista a data do julgamento do recurso extraordinário –, o que transparece do excerto é o absurdo de uma interpretação retroativa que ignora até mesmo expressa disposição da Lei nº 8.069/1990, quando esta prevê direitos individuais e garantias processuais, sempre com base na diferenciação entre a medida socioeducativa e a pena, bem como no afastamento do Direito Penal em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.

Ainda do relatório do acórdão, tem-se, por outro lado, a manifestação do Ministério Público Federal pugnando pelo provimento do recurso:

A argumentação do defensor de que a medida escolhida seria a melhor para os adolescentes realmente não tem fundamento. Obviamente a sanção, nestes casos, têm um caráter ressocializador. Mas também não o tem a pena – sanção penal – propriamente dita? Neste espeque, poderia o criminoso (penalmente imputável), ficar sem defesa sob o argumento de a finalidade da pena também é a de tirá-lo da marginalidade? Obviamente que não (RE 285571, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2001, DJ 06-04-2001 PP-00104 EMENT VOL-02026-13 PP-02802 RTJ VOL-00177-01 PP-00470).

Aqui, muito embora com outro objetivo, também se arguiu o caráter ressocializador da medida socioeducativa, assinalando o representante ministerial que a pena visa igualmente à ressocialização, razão pela qual não haveria fundamento para a restrição da ampla defesa dos adolescentes. Apesar de pedido oposto ao do defensor, ambas as manifestações se alinham,

em alguma proporção, com a ideologia da defesa social e ignoram o papel desempenhado pelo próprio sistema penal ou infracional na definição do que se entende por criminalidade, pressuposto que põe por terra a ideia de ressocializar.

Frise-se, finalmente, que o acórdão, em si, não entrou em pormenores quanto à finalidade ou caráter da medida socioeducativa e, muito menos, quanto à autonomia do Direito da Criança e do Adolescente ou, até que ponto, este conversa com o Direito Penal, limitando-se a asseverar que a ampla defesa é garantida ao adolescente em conflito com a lei, entendimento que, conforme relatado acima também se firmou perante o Superior Tribunal de Justiça, dando azo à súmula 342 dessa Corte.

Aliás, é interessante observar que, para a emissão de uma súmula, são necessários alguns precedentes e, em pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que, de fato, num intervalo de cerca de dez anos, foram muitas as decisões com o mesmo teor, isto é, afirmando que a supressão da audiência de instrução e julgamento diante da confissão do adolescente a quem se imputa um ato infracional atinge a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, violando não só o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas a própria Constituição:

[...] Esta Corte firmou compreensão no sentido de que a homologação da desistência das partes da produção de outras provas, diante da confissão do adolescente da prática do ato infracional, viola as garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, asseguradas aos menores infratores nos arts.110, 111, II, e 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3 - A simples confissão, por si só, não pode sustentar decisão de internação, devendo o juiz confrontar o seu teor com as demais provas do procedimento, verificando se existe compatibilidade entre elas, conforme dispõe o art. 197, do CPP, não se podendo abrir mão da produção da prova judicial quando se cuidar de interesse de menor infrator. 4 - Habeas corpus parcialmente conhecido e concedido para anular o procedimento de que aqui se cuida a partir da sentença, inclusive, a fim de que seja realizada audiência de continuação, devendo os menores aguardar a nova decisão em regime mais brando (HC 43088/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJe 08/06/2009).

O fato de terem sido proferidas tantas decisões com o mesmo teor, em recursos originários de distintos Estados da federação, permite outra conclusão: a de que a interpretação retroativa, flagrantemente ilegal e inconstitucional, não era exclusividade de defensores aleatórios, mas encontrava respaldo nos tribunais de justiça por todo o país. E, diante das demais decisões colacionadas neste trabalho, talvez se possa inferir que, a despeito do novo marco constitucional e legal e da incorporação, pelas decisões, de elementos que remetem à doutrina da proteção integral, permanece o menorismo e sua lógica como diretriz para a atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas.

Finalmente, importa ressaltar que a apresentação desses julgados e, em especial, desse último, não tem a pretensão de desqualificar a hermenêutica da responsabilização estatutária ou, sob outro viés, de defender a perspectiva do Direito Penal Juvenil. Tais acórdãos foram inseridos neste trabalho com o objetivo de desvelar como os postulados do modelo protetivo têm sido interpretados no que refere à finalidade e ao caráter da medida socioeducativa.

Por um lado, a defesa da finalidade ressocializadora, recuperadora e preventiva da medida socioeducativa, aproxima-a dos objetivos declaradas das penas e, por conseguinte, estabelece entre o Direito da Criança e do Adolescente uma interlocução maior com o Direito Penal, submetendo o sistema de justiça da infância e da juventude, quanto aos processos de apuração de ato infracional, às mesmas críticas dirigidas ao Direito Penal e à ideologia da defesa social que, até hoje, o sustenta.

Por outro, verifica-se que o argumento do caráter exclusivamente pedagógico e a defesa de um completo afastamento em relação ao Direito Penal são instrumentalizados na configuração de um sistema que, sob a aparência de protetivo, relegitima uma prática menorista. E, em ambos os casos, encontram os aplicadores do direito respaldo no embate doutrinário das hermenêuticas da socioeducação.

Diante disso, embora a analogia não seja precisa, pode-se concluir que, assim como a Escola Clássica e a Escola Positiva – de concepções aparentemente opostas – constituíram uma unidade funcional de consolidação da ideologia da defesa social, o embate doutrinário entre as hermenêuticas da socioeducação tem se refletido, sob o aspecto da aplicação das medidas socioeducativas, na continuidade velada ou tímida do modelo menorista, disfarçado de modelo protetivo, caracterizando o que se denominou aqui de modelo híbrido de atuação jurisdicional.

3.3. Bases para a efetivação do modelo protetivo

O último tópico deste trabalho, considerando a trajetória percorrida, desde a análise do modelo menorista às bases do modelo protetivo, passando pelas interpretações que se fizeram de ambos os modelos, no plano doutrinário e no plano prático, é dedicado àquilo se entende ser o caminho para a efetivação de uma tutela jurisdicional em relação aos adolescentes em conflito com a lei que não procure recuperá-los nem ressocializá-los, mas que os respeite

enquanto sujeitos de direitos, dotados de certa autonomia e inseridos em um contexto social, político e econômico comum ao dos adultos.

Quando Alessandro Baratta escreveu *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, não se limitou a apresentar de que forma as teorias criminológicas liberais contemporâneas negaram, um por um, os princípios da ideologia da defesa social. Nos capítulos finais do livro, discutiu também a perspectiva da Criminologia crítica e o que ele entendia serem indicações estratégicas para uma política criminal alternativa, entendida enquanto política de transformação social e institucional, das classes subalternas.

Dentre essas estratégias, destacam-se, de acordo com a abordagem desenvolvida, aquelas referentes à abolição do cárcere e à batalha cultural e ideológica que deve ser travada para o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade.

Baratta (2011, p. 204) afirma, quanto à abolição da instituição carcerária que “O desenvolvimento da consciência da própria condição de classe e das contradições da sociedade, por parte do condenado, é a alternativa posta à concepção individualista e ético-religiosa da expiação, do arrependimento, da *Suhne*”.

Por sua vez, quando trata da estratégia da batalha cultural e ideológica, adverte para a importante função de legitimação do sistema penal e do direito desigual que o sustenta desempenhada pela opinião pública. Nesse contexto, a batalha cultural visa “[...] reverter as relações de hegemonia cultural, com um decidido trabalho de crítica ideológica, de produção científica, de informação” (BARATTA, 2011, p. 205).

De modo semelhante, entende-se que estas são as bases para a efetivação do modelo protetivo na atuação jurisdicional de aplicação das medidas socioeducativas em relação aos adolescentes em conflito com a lei.

Em primeiro lugar, porque a medida socioeducativa de internação, a despeito da corrente hermenêutica que se adote, constitui uma restrição severa da liberdade do indivíduo e, por isso, ainda que se fale idealmente – dadas as reais condições das unidades do sistema socioeducativo, seu quadro de pessoal e orientação política – no cumprimento das finalidades pedagógicas dessa espécie de medida, deve-se ter como horizonte a sua extinção.

Ademais, verifica-se que, tal qual exposto nos itens anteriores e ao longo do segundo capítulo, seja em âmbito doutrinário, seja no plano jurisprudencial, a medida de internação ainda tem seus critérios de máxima brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121, *caput*, do Estatuto da Criança e do

Adolescente) bastante flexibilizados, o que pode ser associado à permanência do estereótipo do menor infrator, o qual exigiria “intervenção mais direta e continuada”.

Frise-se que falar em abolição do cárcere na seara na infância e da juventude não é novidade. A oficina *Adolescente infrator: categoria psicossocial ou jurídica? (a privação da liberdade)*, que teve lugar no III Seminário Latino-Americano *Do avesso ao direito*, realizado em São Paulo, no ano de 1992, já recomendava: “No processo de adequação da Convenção, deve ter-se como meta a eliminação da privação de liberdade como resposta ao ato infrator cometido por um adolescente” (LANCLOTTI; MAXERA in SIMONETTI et al, 1992, p. 180).

Já a segunda indicação estratégica de Baratta talvez seja aquela cuja importância mais fica visível no cotidiano: afinal, se os muros da prisão impedem que se veja o que ocorre lá dentro, o processo cultural e ideológico engendrado pelos grandes veículos de comunicação, configurando a opinião pública, não passa despercebido. Todos os dias, nos jornais, novelas e afins, constroem-se imagens sobre o crime, o criminoso e as sanções que a ele deveriam ser aplicadas, bem como são exercidas, pela mídia, as funções de investigação, acusação e julgamento de casos notórios, em tudo explorando, ao máximo, o choro e a dor daqueles que perderam um ente querido (ANDRADE, 2009).

Em se tratando de adolescentes em conflito com a lei, o discurso da opinião pública adquire um atributo bastante específico e já tangenciado neste trabalho: a redução da idade penal. Sob o argumento da impunidade e de que o menor – ele dificilmente será referido como adolescente se a ele se estiver imputando um ato infracional grave, embora não se possa afirmar a terminologia como único critério para a averiguação do discurso – não é responsabilizado, apesar de compreender plenamente a diferença entre certo e errado, requer-se a submissão do adolescente ao sistema penal a partir do momento em que tenha discernimento, desde os 17 anos, 16, 14, 12 ou apenas para os crimes considerados hediondos e para o tráfico de drogas.

Não se trata, conforme já assinalado anteriormente⁴⁵, de um movimento inócuo. Mais do que permear conversas de bar, o senso comum criminológico influencia projetos de lei e, o que mais nos interessa por ora, acórdãos e sentenças, constituindo-se grande determinante da construção de um modelo híbrido em relação a adolescentes em conflito com a lei: de um lado, a doutrina da proteção integral e, de outro, a ideologia da defesa social, imbricando-se na interpretação dos julgadores e demais atores do sistema de justiça infanto-juvenil.

⁴⁵ Conferir item 2.2.1.

Nesse sentido, traz-se observação de Emílio García Mendez em entrevista concedida ao Portal RISolidaria, no ano de 2005. Ao comentar a necessidade de uma lei de execução de medidas socioeducativas, a qual somente viria a ser promulgada sete anos depois, o professor da Universidade de Buenos Aires, afirma que foi o primeiro, juntamente o desembargador Amaral e Silva, a defender a necessidade de um projeto de lei de execução, a fim de que esta diminuísse o “poder discricionário [arbitrário, sem restrições] da administração da Justiça, do Judiciário e do Ministério Público”. Segundo ele, os inimigos do Estatuto não eram mais os clássicos, como Alyrio Cavallieri e Liborni Siqueira, mas sim “uma interpretação que quer torcer a intencionalidade do ECA, que é um instrumento garantista”.

Ainda a esse respeito, cumpre trazer observação de Baratta ao prefaciar a obra *Difíceis ganhos fáceis*, de Vera Malaguti Batista. Quando se propõe a esclarecer a importância das transformações operadas, desde o século XIX até os dias de hoje, na justiça de menores / justiça da infância e da juventude, para o sistema punitivo de um modo geral, afirma o autor italiano que existem duas respostas. A primeira é quantitativa: se o sistema punitivo se destina aos pobres, cumpre considerar que a maior parte dos pobres é jovem e a maior parte dos jovens é pobre. A segunda é qualitativa:

A justiça para menores, desde sua fundação, no final do século XIX, foi sempre a parte mais sensível de todo o sistema punitivo, a mais problemática e qualificante, o lugar onde a mistificação doutrinária e ideológica do sistema e, ao mesmo tempo, o seu caráter seletivo e destrutivo alcançaram seu ponto mais alto. Todavia, a justiça para menores foi também o lugar onde nos últimos tempos melhor se pôde medir suas contradições e onde propuseram sinais de crítica e projetos de reforma (BARATTA in BATISTA, 2003, p. 25).

A partir disso, isto é, da expressa supressão, pela legislação menorista, de garantias que eram asseguradas, ao menos formalmente pela dogmática penal, conclui o autor que “A justiça penal dos adultos, na teoria, é menos perversa do que na prática. A justiça dos menores, na teoria – até os anos oitenta – era tão perversa quanto na prática” (BARATTA in BATISTA, 2003, p. 26).

Ocorre que desde a década de oitenta, enquanto as normas do Direito Penal dos adultos pioraram cada vez mais, a justiça juvenil, em todo o mundo ocidental, sofreu profundas e positivas transformações. É, afinal, de 1989 a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que dispõe sobre a doutrina da proteção integral, à qual a Constituição Federal brasileira de 1988 se antecipou.

Todavia, segundo Baratta (in BATISTA, 2003, p. 27-28), quanto mais se aumentou o nível qualitativo das normas, maior foi o atraso da realidade em relação àquelas, haja vista os

obstáculos materiais e ideológicos enfrentados na efetivação do modelo protetivo. Esse novo direito, ademais, somente terá sua aplicação viabilizada, de acordo com o autor, quando se realizar o projeto de uma sociedade mais igualitária e mais justa.

Assim, retomando as indicações estratégicas de Baratta, é sob a perspectiva de travar a batalha cultural e ideológica contra o senso comum criminológico que, modestamente, se insere este trabalho, entendendo-se que a efetivação do modelo protetivo passa pela avaliação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas somente para que se avance em direção à abolição do cárcere e à diminuição de discricionariedade dos julgadores, bem como pelo confronto entre as hermenêuticas do Direito Penal Juvenil e da responsabilização estatutária, tendo em vista, quanto à primeira, as críticas que o próprio Direito Penal merece e, quanto à segunda, a linha tênue entre ela e os postulados do Direito do Menor.

Compreende-se, sobretudo, que ambas as interpretações devem concentrar esforços em desmitificar a ausência de responsabilização do adolescente infrator; em difundir a compreensão de que o crime (e, por conseguinte, o ato infracional) não estão dados ontologicamente, mas são sim construídos sociais, resultados de processos de criminalização; em demonstrar que, por isso, não há adolescentes “bons” e “maus” e que períodos mais longos de internação não são sinônimo de redução futura das taxas de atos infracionais e tampouco contribuirão para uma “ressocialização” mais efetiva do adolescente; em consolidar, portanto, uma atuação jurisdicional que não mais veja no adolescente que pratica um ato infracional o menor infrator, mas sim o sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, que, inserido em determinado contexto socioeconômico e submetido a subsequentes processos de criminalização, reage de forma individual, sem que possa ser definido pelo ato que pratica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu demonstrar que o modelo de atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas hoje em voga no Brasil, a despeito da proclamada ruptura definitiva que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente teriam efetivado em relação à sistemática anterior – da doutrina da situação irregular – apresenta permanências menoristas e que estas, articulando-se com os elementos típicos da socioeducação, configuram um modelo híbrido de atuação jurisdicional no que tange aos adolescentes em conflito com a lei.

Em torno de duas categorias principais – o sujeito destinatário da legislação menorista e da legislação protetiva, bem como a finalidade da medida a ele aplicada quando da prática de uma infração à ordem penal – procurou-se delinear, tanto por meio da discussão dos dispositivos dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, da Constituição Federal brasileira, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei do SINASE, quanto por meio da apresentação dos discursos que os intérpretes desses modelos elaboraram, quais seriam as diferenças fundamentais entre um e outro e ainda se haveria entre eles, especificamente quanto a esse tema, alguma relação de continuidade.

Em âmbito normativo e doutrinário, verificou-se que, no modelo menorista, o sujeito a quem se destinavam os Códigos de Menores integrava um contingente populacional específico de crianças e adolescentes – os menores. De acordo com os intérpretes menoristas, tratava-se de termo técnico-jurídico adequado à identificação de crianças e adolescentes que se encontrassem em situação irregular. Ao longo do trabalho, porém, o que se evidenciou foi a discriminatória submissão dos filhos das famílias pobres – culpabilizadas ante o cometimento de uma infração penal pelo menor – a uma intervenção estatal que não se justificava pela prática do ato em si, mas que tomava como parâmetro a etiologia da Escola Positiva, identificando o menor infrator por meio da nefasta associação entre pobreza, abandono, vício do não trabalho e periculosidade.

Ademais, no que tange às medidas aplicáveis ao menor infrator, partindo-se do pressuposto de que ele provinha de família desestruturada e que se apresentava como indivíduo em perigo moral e, simultaneamente, perigoso para a sociedade, a legislação menorista, sob o argumento de que caberia ao Estado cumprir o papel que não fora devidamente desempenhado pelos pais ou responsáveis, previa a submissão do menor a longos períodos de privação de liberdade, por tempo indeterminado. Tal prática era, por sua

vez, legitimada pela declarada finalidade da medida, a reeducação, uma vez que não seria possível estabelecer previamente em quanto tempo o menor seria reeducado.

Sob esse viés, observou-se também que o Direito do Menor era conceitualmente afastado do Direito Penal, aspecto que tinha íntima relação com a centralidade do juiz de menores nessa sistemática. A amplitude de seus poderes ao exercer a função jurisdicional, muito embora fosse mais evidente em termos de medidas preventivas específicas, como na emissão de portarias regulando espetáculos e outras áreas do cotidiano, também se refletia nos procedimentos de apuração de infração penal pelo menor e de submissão deste à intervenção estatal, na medida em que qualquer decisão era justificada pela ideologia da compaixão-repressão.

Já a abordagem do modelo protetivo se distinguiu, notadamente, pela adoção da crítica ao modelo anterior como ponto de partida para a compreensão dos postulados centrais da doutrina da proteção integral. Verificou-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a posterior regulamentação dos artigos 227 e 228 do texto constitucional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos no plano normativo, operou-se a substituição de uma legislação que, abertamente, dividia a infância brasileira, por uma ordem constitucional e legal de reconhecimento da igualdade entre todas as crianças e adolescentes, considerados, a partir desse momento, sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento e, por conseguinte, destinatários de um sistema especial de garantias.

Isso não impediu que se constatasse, mesmo no plano legal, semelhanças entre as disposições dos Códigos de Menores e as do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que diz respeito à aplicação das medidas socioeducativas. Salienta-se, nesse sentido, a identidade terminológica entre as medidas previstas no art. 14 do Código de 1979 e as medidas do art. 112, da Lei nº 8.069/1990; a indeterminação temporal para a aplicação dessas medidas em ambos os sistemas, muito embora o modelo protetivo estabeleça um prazo mínimo de cumprimento para a medida de liberdade assistida e um prazo máximo para a medida de prestação de serviços à comunidade e de internação; e a possibilidade de que as medidas sejam substituídas a qualquer tempo, ainda que hoje se imponha a observação das disposições da Lei nº 12.594/2012.

Essas semelhanças, ademais, são, em certa medida, acentuadas quando se consideram as manifestações dos intérpretes do modelo protetivo no plano doutrinário, seja por parte dos defensores do Direito Penal Juvenil, seja por aqueles que adotam a hermenêutica da responsabilização estatutária. Isso porque, se a primeira corrente interpretativa ignora as

críticas criminológicas ao Direito Penal, a proposta da segunda, ao sustentar apenas a finalidade pedagógica da medida socioeducativa, legitima uma aplicação distorcida do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que toda a construção doutrinária do Direito do Menor também estava calcada no afastamento em relação ao Direito Penal.

Mais significativas do que tais semelhanças, porém, foram as observações extraídas da análise de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Neles evidenciou-se a manutenção do estereótipo do menor infrator – compreendido como aquele que vem de família desestruturada, não estuda, não trabalha e apresenta maus antecedentes – enquanto critério orientador para a criminalização secundária, de forma perfeitamente articulada com a alegada finalidade ressocializadora da medida socioeducativa.

O trabalho mostrou, portanto, apesar de seus limites metodológicos, aspectos da atuação jurisdicional na aplicação de medidas socioeducativas no Brasil contemporâneo, com a modesta pretensão de contribuir para a batalha cultural e ideológica contra o senso comum criminológico.

Entende-se que a efetivação do modelo protetivo passa tanto pela avaliação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de que se avance em direção à abolição do cárcere e à diminuição de discricionariedade dos julgadores, quanto pela concentração de esforços de ambas as hermenêuticas da socioeducação em consolidar uma atuação jurisdicional que não mais veja no adolescente que pratica um ato infracional o menor infrator, mas sim o sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, que, inserido em determinado contexto socioeconômico e submetido a subseqüentes processos de criminalização, reage de forma individual, sem que possa ser definido pelo ato que pratica.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason Soares. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

_____. **Introdução do direito do menor**. Belo Horizonte: UMA, 1979.

ALVES, Roberto Barbosa. Comentário ao art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.069/1990. In: In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23-34.

AMARANTE, Napoleão X do. Comentário ao art. 103 da Lei nº 8.069/1990. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 492-495.

_____. Comentário ao art. 105 da Lei nº 8.069/1990. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 503-505.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal**. Capítulo Criminológico. Venezuela-Maracaibo, vol. 37, n. 3, Julio-Septiembre 2009, 31-52.

_____. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 52, dez. 2006, p. 163-182.

_____. **Pelas mãos da criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **Por que a criminologia (e qual a criminologia) importante no ensino jurídico?** *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez- Itec, v.VIII, n.30, jun. 2008, p. 19-24.

AMIN, Andréa Rodrigues. A evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do**

Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2011. p. 1-10.

_____. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2011. p. 21-38.

Associação Brasileira de Juízes de Menores. **Notas interpretativas ao Código de Menores:** Lei nº 6.697, de 10.10.1979. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARATTA, Alessandro. Comentário ao art. 120 da Lei nº 8.069/1990. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 576-581.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Prefácio. In: **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 15-33.

BARREIRA, Wilson. Objeção 273. In: CAVALLIERI, Alyrio (Org). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 98-99.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal.** Brasília: Senado Federal, 2003. Coleção História do Direito brasileiro.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Habeas corpus. Ato infracional análogo ao delito de furto tentado. Internação por prazo indeterminado. Menor em situação de risco.

Adolescente que reconheceu praticar condutas infracionais em razão de sua dependência toxicológica. Jovem que ostenta diversas passagens pela vara da infância e da juventude. Ineficácia das medidas mais brandas antes aplicadas. Ausência de submissão ao controle familiar. Impossibilidade de aplicação de medida em meio aberto. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. Habeas corpus nº 170.740/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 12/04/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. HC. Eca. Ato infracional equiparado ao delito de roubo. Aplicação de medida sócio-educativa de internação sem tempo determinado. Reiteração não demonstrada. Gravidade da conduta que não justifica, isoladamente, a aplicação de internação por tempo indeterminado. Adolescente que possui respaldo familiar. Ordem concedida. Habeas corpus nº 84.710/SP. Relator: Ministra Jane Silva. Julgado em 27/09/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente qualificado. Pedido de remissão não enfrentado no tribunal de origem. Internação. Confissão espontânea dos menores. Dilação probatória. Desistência das partes. Direito indisponível. Necessidade de instrução processual. Violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ordem parcialmente conhecida e concedida. Habeas corpus nº 43088/SP. Relator: Ministro Paulo Galotti. Julgado em 06/09/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. Adolescente. Ato infracional equiparado a tráfico. Medida socioeducativa. Internação. Impossibilidade. Ausência de reiteração no cometimento de outras infrações graves e de reiteração no descumprimento de outras medidas anteriormente impostas. Flagrante ilegalidade detectada. Não conhecimento. Concessão da ordem ex officio. Habeas corpus nº 254.060. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Julgado em 11/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais equiparados aos crimes de tráfico ilícito de drogas, de ameaça, furtos e tentativa de furto. Reiteração de infrações graves. Medida socioeducativa de internação. Decisão judicial devidamente fundamentada. Constrangimento ilegal inexistente. Habeas corpus nº 211.171/SP. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 22/11/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 285.571-5. Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106- 111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a

privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa 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. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2001.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal - Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/90) - ato infracional (art. 103) - furto qualificado (CP, art. 155, §4º, IV) - autoria e materialidade comprovadas - medida sócio-educativa - prestação de serviços à comunidade (art. 112, III) - almejada a concessão de remissão (art. 126) - impossibilidade - menor voltado à prática de atos infracionais - necessidade de oitiva do Parquet acerca da possibilidade de remissão (art. 186, §1º) - causa de nulidade - incompetência do tribunal ad quem - supressão de instância (art. 188) - pena condizente ao caso concreto - finalidade pedagógica-educativa - decisão mantida. Habeas corpus nº 2008.032476, de São Lourenço do Oeste. Relator: Desembargadora Saleta Sommariva. Julgado em 05/08/2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Recurso da defesa. Preliminar suscitada pela procuradoria-geral de justiça. Incompetência das câmaras criminais. Não verificação. Aplicabilidade do ato regimental n.º 18/92. Mérito. Insurgência contra a medida socioeducativa irrogada. Atos infracionais equiparados ao tráfico ilícito de drogas (por seis vezes), uso de drogas, furto qualificado pelo concurso de agentes e direção de veículo automotor sem habilitação. Circunstâncias do caso que evidenciam a necessidade da medida imposta. Finalidade pedagógica preservada. Semiliberdade mantida. Recurso desprovido. Habeas corpus nº 2012.044834-8. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Julgado em 25/09/2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao tipo previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP. Recurso da defesa. Pretendida a improcedência da representação ou a desclassificação para o ato infracional equiparado do crime de furto. Impossibilidade. Confissão do adolescente corroborada pelo reconhecimento da vítima. Apreensão da res furtiva na posse do adolescente. Conjunto probatório suficiente. Materialidade e autoria demonstradas. Sentença mantida. Medida socioeducativa de internação. Pleiteada sua alteração. Excepcionalidade da medida mais gravosa. Inteligência do art. 122, § 2º, do ECA. Circunstâncias e peculiaridades do caso concreto que autorizam a fixação de prestação de serviços à comunidade. Medida que melhor atenderá à finalidade educativa. Recurso provido em parte. Habeas corpus nº 2012.050586-8, de Chapecó. Relator: Desembargador Torres Marques. Julgado em 28/08/2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas corpus. Pedido preventivo. Expedição de mandado de busca e apreensão de menor. Imputação da prática de ato infracional equiparado a roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, CP). Decisão fundamentada

na materialidade e indícios suficiente de autoria. Paciente investigado em outros procedimentos análogos. Residência fixa, trabalho lícito e família constituída que não impedem a adoção da medida. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. Habeas corpus nº 2010. 035786-9, de Balneário Camboriú. Relator: Newton Varella Júnior. Julgado em 20/07/2010.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas corpus. Ato infracional equiparado a homicídio duplamente qualificado contra genitor. Alegação de inobservância aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Inocorrência. Menor devidamente assistido por defensor constituído. Internação provisória (art. 122, I, do ECA). Medida excepcional. Decisão que não pode fundamentar a medida exclusivamente na gravidade do ato infracional, sem alusão à real necessidade da medida extrema. Adolescente que não possui antecedentes infracionais, frequenta o ensino fundamental, tem família e residência no distrito da culpa. Ordem parcialmente concedida. Habeas corpus nº 2010.037407-8, de Joinville. Relator: Desembargador Rui Fortes. Julgado em 13/07/2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 171/1993**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493&ord=1>>
Acesso em: 14 nov. 2013.

CAMPOS, Nuno de. **Menores infratores**. Florianópolis: UFSC, 1978. Ensaio catarinenses.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Direitos fundamentais do menor**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979.

CAVALLIERI, Alyrio. **Alyrio Cavallieri em depoimento a Cláudio Figueiredo**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2005.

_____. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978.

_____. (Org). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CÓRDOVA, Bruna Ramos. **A redução da maioridade penal como aprofundamento da criminalização da juventude**. Florianópolis, SC, 2012. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Socioeconômico, Curso de Graduação em Serviço Social. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103569/TCC%20BRUNA%20RAMOS%20C%3%93RDOVA.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 nov. 2013.

Entrevista com Emílio García Mendez, jurista argentino. Disponível em:
<<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/b165b2cc-c98b-4e25-a8e1-c99f34ce80fe/Default.aspx>> Acesso em: 10 nov. 2013.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: SIMONETTI et al (Org). **Do avesso ao direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo/UNICEF-Brasil; Malheiros, 1994. p. 23-35.

GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. Comentário ao art. 6º da Lei nº 8.069/1990. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58-59.

LANCLOTI, Pe. Julio R.; MAXERA, Rita (Coord.). Oficina 6: Adolescente infrator: categoria psicossocial ou jurídica? (A privação de liberdade). In: SIMONETTI et al (Org). **Do avesso ao direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo/UNICEF-Brasil; Malheiros, 1994. p. 179-180.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LOPES, Ana Christina Brito; ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

MARTINS, Roberto R. **A segurança nacional**. São Paulo: Brasiliense, 1986. Coleção Tudo é História.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2011. p.1027-1149.

OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente**. Blumenau: Nova Letra, 2008.

PASSETTI, Edson. **O que é menor**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. Coleção Primeiros ssos.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Medidas aplicáveis ao menor infrator. In: CURY, Munir (Coord). **Temas de direito do menor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 134-152.

_____. **Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo Direito das crianças e adolescentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade**. Florianópolis, SC, 2002. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

RIZZINI, Irma. **Assistência à infância no Brasil: uma análise de sua construção**. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.

SALES, Mione Apolinario. **(In)visibilidade perversa: adolescentes infratores como metáfora da violência**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANDRINI, Paulo Roberto. **O controle social da adolescência brasileira: gênese e sentidos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 164f. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf> Acesso em: 23 jul. 2012

SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SENADO FEDERAL. **Redução da maioria penal pode entrar na pauta da CCJ**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/01/11/reducao-da-maioridade-penal-pode-entrar-na-pauta-da-ccj>> Acesso em: 14 nov. 2013.

SIQUEIRA, Liborni. **Dos direitos da família e do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOTTO MAIOR, Olympio. Comentário ao art. 112 da Lei nº 8.069/1990. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 533-538.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um Direito Penal Juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.