

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Daniela Bonatto Covatti

A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO COMO
MECANISMO DE PUNIÇÃO EM NOME DA PROTEÇÃO DO
ADOLESCENTE

Passo Fundo

2012

Daniela Bonatto Covatti

A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO COMO
MECANISMO DE PUNIÇÃO EM NOME DA PROTEÇÃO DO
ADOLESCENTE

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,
sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski
Fuga.

Passo Fundo

2012

RESUMO

O objetivo primordial da pesquisa está centrado na busca por respostas acerca da privação de liberdade do adolescente por meio da medida socioeducativa de internação, se a mesma é um instrumento apto para protegê-lo. Para tanto, far-se-á uma análise da evolução histórica do direito da criança e do adolescente, sobretudo no direito brasileiro, com base nas doutrinas da situação irregular e da proteção integral, passando-se, em seguida, à investigação do ato infracional, com a verificação das garantias e dos princípios norteadores da socioeducação. Além disso, colocar-se-á em discussão a natureza jurídica da medida socioeducativa, o que também possibilitará um embasamento para a verificação da existência ou não da proteção da medida, inclusive suas consequências. Desta forma, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, colocando-se em análise as hipóteses para a resolução da problemática central, chegando-se, pois, à adoção da corrente que entende pela existência de um direito penal juvenil, e com isso demonstrar-se-ão os efeitos desastrosos que o discurso protetivo alcança no sistema socioeducativo e, principalmente, com o sujeito a quem é direcionada a falsa proteção.

Palavras-chave: Internação. Medida socioeducativa. Princípio do superior interesse. Proteção. Punição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITO DE SUAS AÇÕES E O NASCIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	7
1.1 Análise crítica da doutrina da situação irregular no Brasil.....	7
1.2 Um novo paradigma brasileiro e mundial: Doutrina da proteção integral	10
1.3 Afinal, quem são os sujeitos do Estatuto e qual sua normatização?	14
2 O ATO INFRACIONAL SOB A ÓTICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	18
2.1 A responsabilização do adolescente diante da verificação do ato infracional.....	18
2.2 As garantias previstas ao adolescente autor de um ato infracional e as espécies de medidas socioeducativas	23
2.3 A internação como módulo máximo de privação de liberdade	29
3 PRENDER SOBRE O PRETEXTO DE PROTEGER	34
3.1 O princípio do superior interesse do adolescente e seus corolários utilizados como autorizadores de proteção e não de responsabilidade	34
3.2 O direito penal juvenil <i>versus</i> uma perspectiva de direito da criança e do adolescente sócio pedagógico.....	40
3.3 Um horizonte visível: Desafio por um direito da criança e do adolescente consonante a complexidade social.....	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A Constituição Federativa brasileira de 1988 trouxe grande inovação no âmbito da criança e do adolescente, estabelecendo em seus artigos 227 e 228 os princípios norteadores da doutrina da proteção integral, rompendo com a ideia de incapacidade dessa categoria de sujeitos, sendo aprovado em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para regulamentar esses dispositivos constitucionais e estabelecer outras regras específicas. Entretanto, com vinte e dois anos de vigência do ECA, ainda persiste no país a discussão em torno da natureza jurídica da medida socioeducativa, enquanto resposta do Estado ao ato infracional cometido pelo adolescente, colocando-se em xeque o sistema de responsabilização do adolescente, a socioeducação.

Assim, apesar do pioneirismo do Estatuto da Criança e do Adolescente, há algumas omissões ou mesmo expressões ambíguas que permitem interpretações distintas, voltadas à doutrina da situação irregular, aparentemente banida com a adoção da doutrina da proteção integral. Por isso é que o ditado popular diz que portas devem ser bem fechadas, não deixar frestas, pois por estas podem entrar ventos indesejáveis.

É nesse enfoque que se busca despertar uma visão crítica acerca da aplicação da medida de internação sob o pretexto de privar a liberdade do adolescente para seu bem, a proteção, o que permite chegar-se à problemática central do estudo, se a medida socioeducativa de internação significa punir como forma de proteger. A partir da formulação do problema é possível a proposição de duas hipóteses distintas; a primeira considera que a medida socioeducativa de internação tem natureza sancionatória e retributiva, sendo indissociável a aproximação de sua natureza jurídica do direito penal, não respondendo, portanto, eficazmente à proteção do adolescente. Para a outra hipótese selecionada, repudia-se qualquer comparação da medida socioeducativa privativa de liberdade com o direito penal, podendo, sim, a proteção ser alcançada por meio da medida.

As motivações para a pesquisa são resultado do contraditório entendimento adotado na imposição e aplicação da medida socioeducativa de internação, ora com caráter afliitivo de pena, ora com caráter tutelar, o que foi constatado durante o período de estágio no Juizado Regional da Infância e Juventude, nesta cidade de Passo Fundo - RS. O trabalho busca entender a exata percepção com que a medida socioeducativa de internação, a qual resulta na privação de liberdade do adolescente, é aplicada. Atualmente, o adolescente é considerado

pessoa humana em peculiar condição de desenvolvimento, sendo necessário trilhar um paralelo entre a necessidade, adequação e o real alcance da medida.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivos principais investigar a estruturação do ECA diante das doutrinas da proteção integral e da situação irregular, bem como a normatividade pertinente ao adolescente autor de ato infracional e as medidas a ele aplicáveis. Além disso, busca-se entender o que significa a medida socioeducativa de internação como módulo máximo de privação de liberdade, verificando-se, assim, se ela constitui-se uma forma de proteção efetivada pela punição e consequente institucionalização, buscando-se soluções viáveis entre o direito penal juvenil *versus* uma perspectiva de direito da criança e do adolescente sociopedagógico.

Para tanto, foi empregado o método de abordagem dedutivo, no qual, a partir da problemática central, colocar-se-ão as hipóteses em discussão, elegendo uma delas como a mais apropriada para a resposta ao problema proposto, demonstrando-se os motivos que levaram à escolha de uma em detrimento da outra hipótese. Outrossim, a pesquisa foi desenvolvida a partir de buscas em livros do acervo da biblioteca da Universidade de Passo Fundo, bem como da biblioteca do gabinete do Juizado Regional da Infância e Juventude desta Comarca. Também haverá referências a *sites*, tais como abmp.org.com, e artigos científicos. Por fim, a investigação do problema e suas consequências estão baseadas nos métodos histórico, comparativo e descritivo, o que possibilitou a amplitude do conhecimento e elaboração da monografia jurídica.

Para a melhor compreensão do tema, a pesquisa divide-se em três capítulos, nos quais se pretende abordar toda a dinâmica existente, desde a evolução do tratamento jurídico e social destinado às crianças e adolescentes, sobretudo tendo como parâmetro a realidade brasileira, ingressando-se no campo do direito socioeducativo, no qual a partir da responsabilização do adolescente pela prática de um ato infracional, com a consequente aplicação das medidas socioeducativas, em especial a internação, chegar-se-á à análise quanto aos reais motivos pelos quais a privação de liberdade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente é aplicada aos adolescentes, bem como as implicações resultantes.

No primeiro capítulo, far-se-á uma abordagem da evolução histórica e jurídica da forma como crianças e adolescentes eram e são vistos pelo mundo adulto, o tratamento destinado a eles, transitando-se pelas doutrinas de maior destaque nesse ramo, a da situação irregular e da proteção integral, buscando apontar os principais fundamentos de cada uma,

objetivos e resultados. Igualmente, serão abordados nesse capítulo alguns aspectos sobre os sujeitos destinatários do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da sua estrutura, o que possibilitará uma melhor compreensão da atual fase de conhecimento e o ingresso no campo da socioeducação.

Já, no segundo capítulo, tratar-se-á da responsabilidade do adolescente quando verificada a prática do ato infracional, o que implicará uma responsabilidade diferenciada. Para uma melhor compreensão, far-se-á uma abordagem sobre as garantias alcançadas aos adolescentes em conflito com a lei, utilizando-se como marco a Constituição Federal e o próprio Estatuto, socorrendo-se, outrossim, de instrumentos do direito processual penal. Contudo, o marco teórico que atua diretamente na solução da problematização, como mentor da lógica jurídica, é o princípio do superior interesse. Assim, também serão objeto de estudo as medidas socioeducativas previstas pelo ECA, dando-se ênfase à medida socioeducativa mais severa prevista, qual seja, a internação. Abordar-se-á a respeito de suas peculiaridades, seus princípios norteadores, dissertando-se sobre as nuances de sua execução e os deveres do Estado enquanto entidade responsável pela aplicação da medida.

Por fim, o terceiro capítulo destinar-se-á à análise do princípio do superior interesse e seus corolários, buscando situar o leitor nas interpretações que podem ser feitas dos mesmos, autorizando-se a proteção do adolescente privado de liberdade por meio da medida socioeducativa. Com isso, tem-se que o leitor possui internalizado o conceito básico de princípio, ou seja, fonte ou posição norteadora que atua em determinado ordenamento jurídico regulando a atividade judiciária em geral. Após, seguindo no terceiro capítulo, traçar-se-á um paralelo do significado da medida socioeducativa privativa de liberdade, sobre o que ela representa para o adolescente e na perspectiva das correntes que defendem a natureza da medida, o que possibilitará uma real compreensão desta e se a punição é uma forma de proteção ao adolescente.

O direito da criança e do adolescente apresenta-se como um ramo jurídico amplo para o estudo nos bancos acadêmicos, o qual merece atenção especial principalmente em decorrência da prioridade absoluta estabelecida na atual Carta Republicana. A busca pelo conhecimento e análise crítica enquanto acadêmicos do que vem sendo verificado na prática é externa à realidade diária dos processos envolvendo os adolescentes em conflito com a lei, porém é com essa iniciativa que se busca contribuir para a formulação teórica que vai nortear a atuação futura dos operadores jurídicos e demais pessoas envolvidas com a socioeducação.

1 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE SUAS AÇÕES E O NASCIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O espaço social e cultural ocupado pelas crianças e adolescentes no ocidente, nos últimos dois séculos, pode ser caracterizado pela obediência incondicional aos seus genitores e cuidadores. A repressão imperava em detrimento do carinho e atenção, e eles não eram vistos como seres em desenvolvimento. Esse era o cenário! A conquista como sujeitos de direito adveio da evolução da compreensão da cidadania.

1.1 Análise crítica da doutrina da situação irregular no Brasil

As raízes da ideia de menoridade remontam ao período imperial do Brasil, mas, na prática, a doutrina da situação irregular já estava em execução desde o período do golpe militar de 1964, com a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, vindo a ser definitivamente instituída com a aprovação da lei n.º 6.697/79.

O Código de Menores de 1927, antecessor do que seria aprovado em 1979, procurou reunir toda a legislação atinente aos períodos imperial e republicano, consagrando um sistema dúplice no atendimento da criança/adolescente, atuando o Estado nos casos chamados de efeitos da ausência, ou seja, sobre os órfãos, abandonados e os delinquentes, ao passo que as crianças e adolescentes pertencentes a uma família padrão não eram abrangidos pela disciplina do referido código, mas pelo Código Civil de 1916 (DA SILVA, 2000, p. 116). Assim, nesse período, o Estado assumiu um papel de assistência e proteção ao menor sobre o prisma da educação, somente atuando naqueles casos nos quais fosse detectada a condição de abandono ou delinquência, o que era socialmente reprovável, considerados, então, como individualidades perigosas para a ordem social (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 55-56).

A transição do Código de Menores de 1927 para o de 1979 ocorreu efetivamente com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, em dezembro de 1964, que implicou a formulação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Esta política estava baseada no espírito da doutrina da segurança nacional, cuja matriz brasileira foi a Escola Superior de Guerra, norteadora das ações dos governos militares, visto que almejava a instituição de uma nova política, cuja execução ficasse a cargo de um órgão federal e que

reforçaria os sentimentos de patriotismo e nacionalismo, dando-se ênfase à segurança nacional, disciplina e obediência (DA SILVA, 2000, p. 120-130). Ainda, essa política veio a reforçar no país um sistema assistencial e correccional-repressivo, fortificando a figura de Estado assistencialista que se utilizava de um discurso ideológico pautado pelo autoritarismo do regime militar para justificar sua atuação. Seguindo essa base ideológica, acreditava-se que, para a obtenção da segurança nacional e obediência ao regime então vigente, a solução para o problema do menor seria alcançada através do isolamento, contenção pela institucionalização de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 64-65).

Quanto à intervenção do Estado, esta ocorria de forma vertical e centralizada, já que a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) era responsável por determinar as diretrizes para a atenção das crianças e adolescentes, ao passo que a implementação ficava a cargo das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (Febems) (TEJADAS, 2007, p. 38).

Em 10 de outubro de 1979, a lei n.º 6.697/79 estabeleceu o Código de Menores de 1979, consagrando a doutrina da situação irregular, garantindo ao sistema, além do caráter tutelar, a difusão da ideia de criminalização da pobreza, sendo aplicada a crianças e adolescentes tidos como em situação irregular, objetos de potencial intervenção da justiça, dos Juizados de Menores, não havendo uma distinção entre vitimizados e vitimizadores, abandonados e delinquentes, pois eram todos pertencentes à categoria de irregulares. Nesse mesmo código, o juiz de menores é o protagonista da solução das deficiências das políticas públicas, além das questões jurídicas, havendo uma ampla discricionariedade de sua atuação (SOARES, 2003?, p. 7-8).

Como a criança e o adolescente eram vistos como menores, incapazes, sem possibilidade de decidir e opinar coerentemente, o antigo código preconizava sua proteção e vigilância através do Estado, sendo a institucionalização a melhor forma de alcançar essa proteção e também mostrar resultados à sociedade (CUSTÓDIO, 2009, p. 13). Nesse sentido, é importante destacar que, pela doutrina da situação irregular, as crianças e os adolescentes eram divididos em dois grandes grupos, aqueles que possuíam direitos assegurados e os demais que estavam em situação irregular por prática de atos infracionais ou descaso da família e sociedade em relação a sua pessoa, tendo como exemplo, os maus-tratos, abandono, entre outros. Este último grupo era objeto da legislação do código em comento, sendo considerados portadores de patologia, na medida em que não se encaixavam no padrão de normalidade. (PIMENTEL, 2003, p. 142-143). Além disso, é necessário destacar que essa doutrina trouxe consigo conceitos biopsicossociais que acabaram por fortalecer as

desigualdades e a discriminação de crianças/adolescentes economicamente menos favorecidos, tratando-os como menores em situação irregular, estando à margem da sociedade. (CÚSTODIO; VERONESE, 2009, p.68).

Observa-se que, de acordo com a doutrina da situação irregular, não é feita uma individualização conforme as necessidades de cada criança/adolescente. Tanto o infrator como o abandonado ou vitimizado eram objeto de intervenção estatal por meio da institucionalização, privação de liberdade. A regra era a colocação de crianças e adolescentes em internatos, patronatos e instituições de reclusão com a missão de reeducar, reformar o sujeito para o retorno ao convívio social. Reconhecia-se que a família e a sociedade eram incapazes de educar, de promover a socialização, tarefa assumida pelo Estado (TEJADAS, 2007, p. 38).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Custódio e Veronese defendem que a doutrina da situação irregular instituiu no período de sua vigência um parâmetro jurídico e institucional pautado pela cultura paternalista, autoritária, que considerava a pobreza como uma doença, uma patologia social, respondendo a esse problema de forma repressiva e autoritária, um sistema altamente burocrático, que colocava a criança/adolescente como um problema social, um risco ao desenvolvimento do país, à estabilidade e à ordem social, já que não se enquadravam no conceito de cidadão de bem, do menino domesticado e institucionalizado, este um objeto interessante às aspirações econômicas e políticas. Crianças e jovens eram meros objetos de tutela do Estado regulador da propriedade, existindo, ainda, um dever de gratidão das crianças e adolescentes a essa atuação do Estado na figura de um pai (2009, p. 67-68).

Segundo Custódio, nesse panorama os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário somente se manifestavam quando verificado que havia um menor em situação irregular, momento no qual assumiam *status* de objeto a ser tutelado, reafirmando a situação de exclusão social, utilizando-se de noções preconceituosas e de estereótipos para segregar determinado grupo de pessoas que deveriam entender que os próprios culpados pela situação irregular eram eles próprios e não o sistema político e econômico vigente. Tratava-se de uma subjetivação da própria culpa (2008, p. 25). Nesse sentido, Amaral e Silva sustenta que havia uma confusão entre os papéis, sobretudo na apuração de um ato infracional, já que o juiz não julgava o menor, mas definia qual era a irregularidade presente, aplicando a ele medidas terapêuticas, ao passo que o promotor de justiça, ao postular uma internação, estava apenas defendendo o menor, ou melhor, o protegendo (2006, p. 54).

Outrossim, não se reconhecia que as crianças e adolescentes eram titulares de direitos, pessoas humanas de igual forma que os adultos, além de terem alcançado, tanto no âmbito do direito civil, como no penal, o afastamento de garantias processuais consagradas nos ordenamentos anteriores, como, por exemplo, a imparcialidade do juiz e a inércia da jurisdição. Com relação à prática de ato infracional, houve grande retrocesso, já que possibilitou o encarceramento por tempo ilimitado e até mesmo perpétuo de crianças e adolescentes dos quais sequer havia a comprovação da efetiva transgressão da ordem jurídica (MACHADO, 2006, p. 97-98).

Nesse contexto, percebe-se que a doutrina da situação irregular não se mostrava suficiente para resolver os problemas que ela própria elencava como importantes e, muito menos, de propor soluções eficazes para situações não previstas e que progressivamente passariam a reclamar por normatização. Isso porque, conforme defende Custódio, a atuação estatal estava direcionada à contenção pela via da violação e contenção de direitos, tendo por consequência lógica a reprodução de condições de exclusão em todas as suas acepções, seja social, econômica, seja política, transmitindo a todos uma imagem da infância e da juventude do que ela não era nem significava. Dessa forma, o Código de Menores, baseando-se na situação irregular, acabava por perpetuar a condição inicialmente atribuída às crianças e adolescentes, ou seja, sujeitos excluídos até então do sistema como um todo, não merecedores de direitos e garantias (2008, p. 24).

Veja-se, portanto, que num primeiro momento crianças e adolescentes eram tratados como meros objetos de tutela, e aqueles tidos como em situação irregular, ou melhor, problemas para a sociedade, eram institucionalizados sob o manto de um discurso protetivo e autoritário, tendo o Estado assumido para si o dever de cuidá-los. Nesse período, princípios e garantias previstos aos adultos não eram observados e alcançados a crianças e adolescentes, os quais sequer eram reconhecidos como sujeitos de direitos. Dessa forma, era necessário uma mudança, um novo horizonte.

1.2 Um novo paradigma brasileiro e mundial: Doutrina da proteção integral

A doutrina da proteção integral começa a ser construída no Brasil a partir da década de 1980, juntamente com os anseios sociais, políticos e jurídicos em evidência no período, sendo os movimentos sociais os protagonistas da luta pela normatização de direitos relativos às

crianças e adolescentes, opondo-se totalmente ao autoritarismo então vigente com o Código de Menores de 1979. O movimento mais intenso de normatização coincide com a elaboração de uma nova Constituição ao país, que acabaria por ser aprovada em 5 de outubro de 1988, introduzindo toda a base principiológica com destaque à prioridade no atendimento das crianças e adolescentes em seu artigo 227 (DA COSTA; MENDEZ, 1994, p. 70).

O referido artigo se consubstancia num resumo da substância material da proteção integral e vai mais além, vem desafiar a construção de um Estado Democrático de Direito orientado para a ação não mais baseado na voluntariedade e disponibilidade do dever/poder de agir, mas na obrigatoriedade de responder sob pena de perder a razão de sua existência. Assim, o Estado se declara devedor de determinadas necessidades e interesses a crianças e adolescentes, tendo a obrigação de atuar com absoluta prioridade com essa nova categoria de sujeitos, além de estar legitimado a exigir de toda a sociedade o cumprimento das obrigações que lhe são inerentes (KOZEN, 2005, p. 15-16).

Com a promulgação da Constituição, havendo normatização expressa aos direitos das crianças e adolescentes, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagrando, definitivamente, a doutrina da proteção integral, a qual se contrapunha à da situação irregular, ocorrendo o que pode ser chamado de uma mudança paradigmática. Custódio defende que “foi a partir desse momento que a teoria da proteção integral tornou-se referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil”. Portanto, a partir da elaboração da Constituição de 1988 e da promulgação da lei n.º 8.069/90, que passou a existir uma série de mudanças no tratamento até então destinado às crianças e adolescentes, houve uma reestruturação e adequação em todas as áreas de atuação do Estado, família e sociedade, principalmente no que tange ao adolescente autor de ato infracional, haja vista a aplicação das medidas socioeducativas (2008, p. 22).

Mas, afinal, por que a doutrina da proteção integral passou a ser vista como um verdadeiro paradigma? Segundo Kuhn, um paradigma, de forma simplificada, significa um modelo ou padrão aceito por uma determinada comunidade e para ser considerado como tal é necessário que ele seja o melhor dentre os demais existentes, sem ter, entretanto, a pretensão de explicar todas as situações que possam surgir (1998, p. 38-39). Da mesma forma, continua o autor, o paradigma implica a definição totalmente inovadora e mais rígida no campo do estudo em análise, adquirindo reconhecimento justamente porque é o mais bem-sucedido na resolução de questões entendidas como graves e importantes a serem solucionadas. Como

consequência lógica, somente haverá uma possibilidade a ser trilhada por aqueles que desejam continuar estudando o assunto, ou se tornam partidários do campo de incidência do paradigma, ou terão que se unir a outro grupo, este, possivelmente, sem maior visibilidade e credibilidade (1998, p. 44-45).

Dessa forma, é possível vislumbrar os motivos que levaram os doutrinadores quase de modo uníssono a defender a doutrina da proteção integral como um novo paradigma, já que rompeu com todos os padrões e concepções acerca do tratamento que deveria ser destinado às crianças e adolescentes, os quais adquiriram *status* de sujeitos de direitos em detrimento a meros espectadores. Nesse sentido, Custódio discorre sobre a doutrina da proteção integral:

Surge com força capaz de varrer todos os pressupostos teóricos da doutrina da situação irregular, primeiro contestando sua própria validade científica, e depois formulando um conjunto de conceitos operacionais, regras, sistemas integrados e articulados em rede que tornaram absolutamente incompatível a congruência de um modelo com o outro (2008, p. 23).

Assim, o autor defende que a doutrina da proteção integral implicou resultados inesperados, visto que as transformações verificadas não se restringiram apenas às questões partidárias entre as doutrinas, mas uma revolução em todos os setores, provocando um verdadeiro reordenamento jurídico, político e institucional, por meio da definição de diretrizes, valores, regras e princípios. Apesar disso, prossegue o autor, a adoção de uma nova doutrina, aquela reconhecida como um verdadeiro paradigma, não necessita propor respostas imediatas a todos os problemas que lhe são desafiados, já que é necessário certo tempo para que ela seja estudada e concretizada, além de que inúmeros problemas não serão resolvidos, já que podem não compor o foco principal de interesse do estudo (2008, p. 27-29).

Dessa forma, com um olhar diferenciado e mais cuidadoso sobre aqueles que até então eram considerados mero objeto, a nova doutrina estabeleceu conceitos jurídicos de criança e adolescente, em contraposição à designação de menor, elevando todo aquele com menos de dezoito anos a sujeito de direitos e deveres, rompendo com a ideia de incapacidade presente na concepção menorista (SARAIVA, 2010, p. 16), passando a ser considerado como pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, conforme artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu a todas as crianças

¹ Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

e adolescentes os mesmos direitos e garantias, sendo atendidos de forma prioritária e na integralidade de suas necessidades, havendo uma ruptura com a ideia de controle social e estigmatização prevalente nas legislações pretéritas (TEJADAS, 2007, p. 40).

No mesmo sentido, a doutrina da proteção integral desempenha papel singular no sistema proposto aos adolescentes, na medida em que, segundo Veronese, reconhece todos os direitos individuais e aqueles tidos como especiais aos adolescentes, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento, além do respeito às garantias processuais, tais como o devido processo legal, o contraditório, pleno e formal conhecimento da representação, entre outros (2005, p. 118).

Atualmente, pela doutrina da proteção integral, a privação de liberdade somente é admitida como última alternativa, devendo ser levada em consideração as hipóteses autorizadoras constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de que, para a aferição do ato infracional, devem ser observados e rigorosamente aplicados todos os direitos e garantias previstos aos adultos na esfera criminal, bem como as garantias e procedimentos específicos estabelecidos pelo Estatuto, face o reconhecimento do adolescente em situação de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, o que não era consagrado na antiga doutrina (SARAIVA, 2010, p. 16). Na mesma linha de pensamento, Amaral e Silva esclarece que pela nova doutrina não é mais tolerável a privação de liberdade sem a observância dos pressupostos da estrita legalidade, do juízo natural e da observância do devido processo, isso porque baseado num Estado Democrático de Direito e no qual não se admite qualquer tipo de decisão sem fundamentação (2006, p. 54).

Nesse sentido, em ambas as doutrina, situação irregular e proteção integral, a decisão judicial que declara a procedência de uma representação pela prática de um ato infracional consiste numa declaração de perda da liberdade, apesar da diferença existente nos motivos justificadores. Entretanto, o que representa a quebra paradigmática e vem distanciar uma de outra, no âmbito do ato infracional, é a imposição de limites ao agir do Estado, que não figura mais como agente protetor e tutor, além da possibilidade de resistir à pretensão acusatória, o que vem aproximar-se dos princípios e fundamentos do sistema normativo de um crime praticado por imputáveis, o que só pode representar uma conquista a esta categoria, já que em conformidade com a dignidade de toda a pessoa humana (KOZEN, 2007, p. 27-28).

Segundo sustenta Custódio, a doutrina da proteção integral não se apresenta de forma estática, seja em relação às novas situações fáticas que possam surgir e reclamem por solução,

seja pelo surgimento de outras normas, uma vez que se mostra adequada e suficiente para abranger todos os casos, diante dos princípios e normas gerais que estabelece (2009, p. 31). Assim, o Estatuto tem papel singular na solução dos conflitos no âmbito do direito da infância e juventude sempre que houver violação ou ameaça dos direitos e garantias, seja por conduta comissiva ou omissiva do Estado, da sociedade ou dos pais (VERONESE, 2005, p. 105).

Assim, a doutrina da proteção integral consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe um avanço sem precedentes na história brasileira, já que promoveu um reordenamento principalmente institucional, com a desjudicialização de práticas administrativas, a democratização na efetivação dos direitos e garantias fundamentais às crianças e adolescentes, sendo possível o seu reconhecimento como cidadãos e sujeitos, havendo um acesso amplo e prioritário à Justiça (CUSTÓDIO, 2008, p. 31). A partir disso, seria quase que impensável a superação dessa doutrina por qualquer outra anteriormente vigente, principalmente a regida pelo antigo Código de Menores.

Apesar dessa constatação, ainda há na prática a aplicação de ideias fundadas na doutrina da situação irregular e as que a antecederam, utilizando-se como discurso a efetivação da doutrina da proteção integral positivada na Carta da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que será visto ao longo da pesquisa, sobretudo no que diz respeito à aplicação da medida socioeducativa de internação.

1.3 Afinal, quem são os sujeitos do Estatuto e qual sua normatização?

Antes de ingressar na análise acerca das questões que envolvem a prática do ato infracional, principalmente os aspectos relacionados à privação de liberdade pela internação, necessária uma compreensão dos sujeitos destinatários da lei n.º 8.069/90 e qual o tratamento destinado especificamente a cada um desses novos sujeitos.

Por muito tempo na história brasileira, o menor, assim englobando crianças e adolescentes, era visto apenas como uma promessa de futuro e o reconhecimento de sujeito de direito no tempo presente é uma conquista muito recente, fundamentalmente com a adoção da doutrina da proteção integral na Constituição Federal de 1988, o que consistiu num enorme processo de transformação jurídico (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 19).

Dessa forma, destaca-se que todas as pessoas são diferentes uma das outras, assim como a criança do adolescentes e, conseqüentemente, do adulto. Essa diferença também está

presente nas categorias, já que nenhuma criança é igual à outra e assim sucessivamente. Nesse sentido, Kozen explica que

A máxima do respeito à condição humana pelo respeito à diferença não se justifica mais pela declaração das incapacidades, mas pelo reconhecimento de capacidades diferentes. Está nessa máxima o sentido do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (2007, p. 34).

Para o citado autor, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente surge uma preocupação ao reconhecimento dos sujeitos destinatários desta lei de acordo com suas diferenças e peculiaridades, a condição de sujeitos de direitos especiais, já que se encontram em fase de pleno desenvolvimento, deixando-se de lado a ideia de incapacidade, base de sustentação das legislações anteriores com respaldo na doutrina da situação irregular.

Nesse sentido, Veronese defende que a expressão sujeito de direitos significa assumir um compromisso institucional de banir com a tradição de coisificar crianças e adolescentes, afastando a condição de meros objetos e elevando-os a autores da própria história, o que teoricamente seria muito simples, porém implica uma mudança de ideias e condutas e, sobretudo, de valores (1996, p. 45).

Em complementação a essa moderna concepção de sujeitos de direitos, Custódio e Veronese entendem que a criança e o adolescente são mais do que isso; são seres culturais, históricos, com habilidades e capacidades diferenciadas das do mundo adulto e que vivem num país que garante direitos fundamentais e os protege, sendo o desenvolvimento e crescimento desses sujeitos seus elementos característicos e constitutivos. Dessa forma, podemos defini-los como sujeitos em transformação, compostos de originalidade e carecedores de necessidades próprias (2009, p. 19-20).

No mesmo sentido, Tejedas sustenta que na atual normatividade não cabe mais ao Estado o papel de tutelar esses sujeitos, mas sim seus direitos, diante da nova dimensão ética (2007, p. 41), além de que, para Ramidoff, a concretização da qualidade jurídico-legal de poder ser sujeito de direitos, trazida pela lei n.º 8.069/90, somente poderá ser concretizada com a criação e reestruturação das demais estruturas sociais, ou seja, por meio de uma ação conjunta e direcionada da família, sociedade e Estado (2000, p. 1). Outrossim, continua o referido autor, as crianças e os adolescentes constituem o presente e o futuro da humanidade, devendo, por isso mesmo, ser construídos e reconstruídos através da participação ativa desses novos sujeitos de direitos para a possível formulação de normas mais justas e democráticas e

que a superação dos obstáculos, sejam eles políticos e sociais, sejam econômicos, assegure a expansão dos direitos individuais e garantias fundamentais desse segmento social (2000, p. 1).

Assim, a partir do amplo e atual reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e responsabilidades e, por isso, merecedores de atenção e disciplina própria, passa-se a uma análise quanto à normatividade do Estatuto. Segundo o artigo 1º da lei n.º 8.069/90, a legislação é direcionada à proteção das crianças e adolescentes, chegando-se à conclusão de que seriam estes os grandes protagonistas. Nesse sentido, o Estatuto traz em seu artigo 2º a definição de criança e adolescente, utilizando-se de um conceito cronológico, sendo considerada criança aquele sujeito com até doze anos incompletos, e adolescente, com idade entre doze a dezoito anos incompletos, conceito este estruturalmente diferente do adotado no âmbito internacional, já que, pela Convenção dos Direitos da Criança, os sujeitos com menos de dezoito anos são considerados crianças, orientação justificada pela centralidade da pessoa humana como o centro da preocupação da normatividade jurídica.

Entretanto, verifica-se que o Estatuto vai mais longe, já que, além da diferenciação entre crianças e adolescentes, define um terceiro grupo que está sujeito à disciplina do Estatuto em hipóteses excepcionais, ou seja, as pessoas entre dezoito a vinte e um anos, em seu parágrafo único do artigo 2º da lei n.º 8.069/90. Com essa abertura dada pelo Estatuto, a emenda constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, data comemorativa dos vinte anos da lei n.º 8.069/90, alterou um capítulo da Constituição brasileira, em especial o seu artigo 227, para incluir a proteção dos direitos do jovem. Surge, assim, uma nova categoria jurídica constitucionalmente assegurada, passando os jovens a integrar novo foco de atenção e de definição das relações estabelecidas entre a família, sociedade e Estado (DE PAULA, 2010, p. 1)².

Ao passo dessas considerações iniciais acerca da normatização constante na lei n.º 8.069/90, Cústódio e Veronese defendem que, apesar da conceituação trazida pelo Estatuto, baseada na idade cronológica, não há como definir um conceito objetivo, permanente e imutável, já que a criança/adolescente são diferenciados de acordo com sua história de vida, baseando-se em sua cultura, meio social e oportunidades, visto que os conhecimentos,

² Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

experiências e necessidades vivenciados por cada um em sua individualidade permitem que cada ser seja autônomo, individual; logo, diferente (2009, p. 19). Por sua vez, Saraiva entende que o conceito adotado pelo ECA constitui-se como adequado e em conformidade com a ordem jurídica internacional, inclusive com a Convenção das Nações Unidas de Direitos das Crianças, além de superar o critério biopsicológico vigente nas legislações anteriores (2010, p. 31).

Assim, definidos os sujeitos do Estatuto, apesar das críticas e mesmo dos elogios ao critério definidor daqueles que integram o centro de toda a normatividade dessa lei, passa-se à análise quanto à sua organização. O ECA está estruturalmente organizado em três segmentos, conhecidos como Sistemas de Garantias que atuam de forma harmônica assegurando o tratamento diferenciado e efetivo. Assim, o primeiro grande grupo é garantido a toda a população infanto-juvenil sem distinções, na medida em que estabelece os fundamentos da política pública de atuação a ser executada para alcançar os direitos desses sujeitos. Já o segundo grupo de garantias tem como foco crianças e adolescentes enquanto vitimizados, buscando-se a aplicação de medidas protetivas (SARAIVA, 2010, p. 64).

As medidas protetivas previstas no Estatuto nos artigos 70 a 80 visam chamar a atenção da família, sociedade e do Estado para atuar em situações de risco que possam produzir danos à população infanto-juvenil, expressando-se numa série de exigências legais antecipatórias de cunho estritamente educacional (VERONESE, 2009, p. 303-305). Por fim, o terceiro segmento de garantias previsto pelo Estatuto tem como foco somente os adolescentes em conflito com a lei, ou seja, observando-se a partir da condição de vitimizador, autor de ato infracional, o que será objeto de estudo nos próximos capítulos.

2 O ATO INFRACIONAL SOB A ÓTICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

No Brasil, é na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 que se encontram textos de normatização geral sobre a criança e o adolescente; já regras específicas foram disciplinadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. E é nesse último diploma legal que os atos infracionais são contemplados.

2.1 A responsabilização do adolescente diante da verificação do ato infracional

A Constituição Federal estabelece como cláusula pétrea a inimizabilidade penal daqueles menores de dezoito anos incompletos, o que também foi consagrado no ECA. Nesse sentido, verifica-se que a palavra imputabilidade tem origem no verbo imputar e, segundo o dicionário Aurélio (1999, p. 1088), significa “qualidade de imputável; responsabilidade”. Assim, inimizabilidade penal pode ser traduzida como causa de exclusão de responsabilidade no âmbito penal; entretanto, é possível afirmar que não implica impunidade, já que o adolescente será responsabilizado pelos atos que venha a praticar, mesmo que de maneira diversa de um adulto, uma vez que será sancionado a partir da normatividade prevista na legislação especial (VERONESE, 2005, p. 108).

Com tal diferenciação, a Constituição inaugurou uma nova modalidade de responsabilização, aquela que deveria ser contemplada por uma legislação especial, o que efetivamente restou implementado com a criação do ECA, ficando evidente que, assumindo essa proposta diferenciada, não se buscou uma desresponsabilização diante de uma ilicitude, já que, além da previsão de direitos no Estatuto, há obrigações certas e determinadas. Dentre estas, pode-se destacar a responsabilização de condutas contrárias ao ordenamento jurídico por meio das medidas socioeducativas (VERONESE, 2005, p. 114-115).

Segundo sustenta Saraiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou um novo modelo de responsabilização do adolescente autor de um ato infracional, o que não significa dizer que se trata de um modelo brasileiro, mas que deriva da evolução da humanidade que criou documentos universais os quais colocam a pessoa humana como centro das preocupações de acordo com sua etapa de desenvolvimento (2010, p. 47-48). Além disso, Machado explica que, com a atual fase de desenvolvimento da proteção aos direitos humanos adotada na Convenção dos Direitos da Criança, a desequiparação jurídica prevista na

Constituição Federal de 1988 é baseada na premissa da proteção integral das crianças e adolescentes, motivo pelo qual respondem de forma diferenciada (2006, p. 107-108).

Essa responsabilidade de forma diferenciada se dá também em respeito à fase de desenvolvimento em que se encontra o adolescente. Dessa forma, a Assembleia Constituinte de 1988, quando equacionou os valores sociais e individuais conflitantes quando da verificação da prática de um ato infracional, e optou por dar prevalência à questão individual, acreditando na capacidade de autotransformação, que é inerente à essência humana, principalmente na fase de passagem para a idade adulta, que é a adolescência, privilegiou o aspecto educativo e mitigou a incidência da paz pública, quando comparado ao crime do adulto; entretanto, não deixou de zelar pela paz social, já que admitiu expressamente a possibilidade de privação de liberdade, mecanismo mais severo e grave de natureza penal previsto nos ordenamentos jurídicos democráticos (MACHADO, 2006, p. 109).

Apesar dessa diferenciação na forma de responsabilização, os atos ilícitos praticado pelo adulto e pelo adolescente irão partir da mesma premissa, qual seja, para que seja possível a responsabilização, será necessária a verificação da prática de um crime ou contravenção penal, conceitos estes definidos a partir da normatividade do direito penal, tanto que Kozen sustenta que o direito socioeducativo, aquele destinado à resposta ao ato infracional, está umbilicalmente ligado ao direito penal, diante da mesma base principiológica, fundamentos e a própria definição do que se entende por ato infracional (2005, p. 54).

Assim, o ECA prevê uma rígida separação entre a resposta do Estado diante de um fato criminoso e de outras formas de intervenção em situações não criminosas. Tal reparação pode ser explicada por meio do disposto no artigo 103 do ECA, o qual conceitua o que se entende por ato infracional a partir dos elementos de crime e contravenção penal, sendo estabelecido no *caput* do artigo 112 da referida legislação quais as medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei, as quais somente poderão ser impostas ao adolescente pelo Estado e estritamente quando da prática de um ilícito de natureza penal (MACHADO, 2006, p. 114)³.

³ Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Nesse diapasão, o ato infracional será considerado como tal quando houver o enquadramento da conduta praticada pelo adolescente a um tipo penal, e para a futura aplicação da medida socioeducativa a conduta ainda deverá ser antijurídica e culpável. Assim, a autorização dada ao Estado para sancionar o adolescente fica condicionada à constatação de que o agir antijurídico e reprovável se faz culpável, todo o processo mediante o devido processo legal e demais garantias alcançadas ao adolescente em conflito com a lei, sob pena de recair em violação dos direitos fundamentais consagrados a todas as pessoas na Constituição Federal brasileira. (SARAIVA, 2010, p. 83).

Dessa forma, para uma conduta ser considerada típica, é necessária a existência de um tipo penal, ou seja, a previsão legal de um modelo abstrato descrevendo condutas proibidas, as quais possuem elementos próprios e características singulares que não admitem interpretação extensiva ou analógica, e esse tipo deve se enquadrar perfeitamente na ação ou omissão praticada pelo sujeito, operando-se um juízo de tipicidade. Assim, caso ocorra um juízo positivo de tipicidade, ou seja, um encaixe perfeito entre o que a lei prevê como proibido e a conduta do sujeito haverá fato típico; ao contrário, existindo um juízo negativo, se estará diante de uma conduta atípica, sem relevância para o direito penal e, conseqüentemente, para o direito socioeducativo (BITENCOURT, 2010, p. 304).

Já o segundo elemento do conceito de crime é a antijuridicidade, que se caracteriza essencialmente pela contrariedade à proibição da norma contida no tipo penal, tendo-se como mais singelo exemplo o crime de homicídio, cuja norma proibitiva é não matar. Quando o sujeito realiza o comando contrário ao descrito no tipo, ou seja, matar alguém, estará violando a norma. Pode-se dizer, então, que a antijuridicidade representa o choque da conduta humana com o estabelecido pelo ordenamento jurídico, composto por normas proibitivas e por preceitos permissivos, sendo estes últimos as causas de justificação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 540). Nesse sentido, Costa refere que a verdadeira função da antijuridicidade é possibilitar a verificação das causas de justificação que autorizam a violação do bem jurídico, condutas típicas, porém permitidas pelo ordenamento jurídico (2005, p. 74).

Por fim, o terceiro elemento está centrado na culpabilidade, que se refere à reprovação pessoal do agente do fato, sendo aferida, para tanto, a presença de três requisitos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de obediência ao direito (BITENCOURT, 2010, p. 404-405). Nesse aspecto, interessante destacar que o requisito da imputabilidade não alcança os menores de dezoito anos, já que, segundo Santos, “não

possuem o desenvolvimento biológico necessário para compreender a natureza criminosa de suas ações ou para orientar o comportamento de acordo com essa compreensão” (2000, p. 216). Assim, este elemento é o que impede a configuração da responsabilidade penal dos adolescentes.

Nesse sentido, Barbosa defende que, apesar de não ser levado em consideração o requisito da imputabilidade referente à menoridade quando da aferição do ato infracional, a culpabilidade continua integrando os elementos para a constatação do ato infracional, tanto que, no caso de ser comprovada a existência de um desenvolvimento mental incompleto ou retardo (também aferido na imputabilidade juntamente com o aspecto da idade), o adolescente será da mesma forma inimputável que um adulto nas mesmas condições, tratando-se, portanto, de uma culpabilidade especial, o que vem ao encontro da consagrada condição de sujeito em desenvolvimento (2009, p. 58). Veja-se, portanto, que o elemento da imputabilidade é o diferencial no que se refere à culpabilidade dos adultos em relação aos adolescentes, o que se justificaria pela condição de desenvolvimento do sujeito.

Para Brunõl, citado por Costa, existem duas grandes teorias para a responsabilização diferenciada da criança e do adolescente: a doutrina de impunidade em sentido estrito, que considera esses sujeitos como doente mental, no sentido de que não teriam plena capacidade para compreender o caráter ilícito de sua conduta, e a doutrina política-criminal, que utiliza como critério a idade cronológica, podendo subdividir-se em outros dois subgrupos, os conhecidos por modelos de proteção, que consideram estes sujeitos como irresponsáveis e destinam a eles medidas de proteção e de segurança, e o segundo grupo, que aceita a responsabilidade desses sujeitos com a aplicação de sanções especiais, reconhecendo-se, portanto, a existência de uma culpabilidade especial (2005, p. 76). Por outro lado, apesar de a maioria dos autores sustentar que o ato infracional configura-se a partir do conceito de crime que está baseado na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, Rosa sustenta a impossibilidade dessa aproximação, pois não há como transformar a culpabilidade em responsabilidade infracional, já que não são sinônimos (2006, p. 280).

Saindo da esfera de conceituação do ato infracional a partir dos elementos do crime, Rosa refere que a aplicação das medidas socioeducativas deve ser feita de acordo com as circunstâncias, consequências e causas da conduta, pois o ato infracional, de acordo com a psicanálise, pode ser um sintoma de que alguma coisa está em desacerto, principalmente em razão de a adolescência ser uma fase de transição para a vida adulta, cheia de desejos e novas experiências, podendo a violência representada pelo ato infracional ser uma saída encontrada

para dar sentido ao que procura (ROSA, 2006, p. 291). Assim, é compreensível que a conduta do adolescente represente um agir impensado, devendo ser buscado um maior engajamento social, no qual deve existir a participação do adolescente, família e sociedade, sob pena de o adolescente ficar à mercê do sistema penal frente sua conduta impensada (ROSA, 2007, p. 114-115).

Por outro lado, segundo o enfoque da criminologia contemporânea, o ato infracional pode ser entendido como um fenômeno social normal, com exceções em relação a atos cometidos sob o manto da grave violência, seja ela de ordem sexual, pessoal ou mesmo patrimonial, que desapareceriam de sua vida com o amadurecimento, sendo reflexo da fase de experimentação vivenciada, não havendo motivos para se buscar uma intervenção do Estado para compensar através da violência da punição (CIRINO DOS SANTOS apud ROSA, 2007, p. 115). Dessa forma, o sistema socioeducativo não pode ser encarado com a mesma resposta do sistema penal, que, via de regra, significa agravar a medida socioeducativa, o que não se justifica, já que, como bem demonstrado, o adolescente está em fase de desenvolvimento, de construção de valores e significados, diferentemente do mundo adulto (ROSA, 2007, p. 115).

Nesse sentido, deve-se ter presente que a resposta ao ato infracional deve ser imediata, já que a adolescência engloba um curto período de vida, no qual as transformações são imensas e rápidas, visto que, se não houver essa imediatabilidade, claro, sempre respeitando as regras materiais e processuais, não haverá associação por parte do adolescente entre o ato praticado e a medida imposta como resposta. É nesse sentido que a aplicação da medida deve significar a atuação estatal no estabelecimento de limites, sem que se confunda com defesa social, mas uma resposta condizente com o ato praticado, já que qualquer uma das medidas previstas no ECA, mesmo que simbolicamente, é violenta, não podendo este poder relegado ao Estado ser exercitado através da ocultação da bondade (ROSA, 2006, p. 291). Da mesma forma, Digácomo sustenta que deve haver celeridade na apuração do ato infracional e a eventual aplicação de medida socioeducativa, buscando-se o menor intervalo de tempo, sob pena de desvirtuamento da medida e perda de seu caráter pedagógico (2006, p. 226).

Outrossim, ao lado das medidas socioeducativas, também há previsão no Estatuto de uma resposta estatal frente aos fatos tidos como não-criminosos, situações que venham a violar direitos fundamentais de crianças e adolescentes, como por exemplo, abandono familiar, maus-tratos, violência física, moral ou psicológica, falta de assistência à saúde, trabalho infantil, criando-se, para tanto, medidas de natureza explicitamente protetiva, as

quais deverão ser implementadas não só pelo Estado, mas também por todos os responsáveis pela garantia desses direitos a crianças e adolescentes diante das desigualdades que ainda permeiam a sociedade moderna (MACHADO, 2006, p. 114). Percebe-se, então, que a finalidade desse grupo de medidas é de compensação a direitos que foram negados ou violados, dando-se um sentido universal a essas medidas de proteção, na medida em que são aplicadas tanto a crianças como aos adolescentes (NICODEMOS, 2006, p. 74).

Tal separação das medidas, protetivas e socioeducativas, pelo ECA configura-se como de grande valia, já que a ausência dessa distinção possibilitaria que o Estado se utilizasse de uma roupagem de proteção para efetivar mecanismos de controle social de natureza penal, o que era altamente normal sob o manto da doutrina da situação irregular e, atualmente, não pode mais ser aceito, já que viola todo o sistema de garantias obtidas por meio de árduas lutas para positivação no ordenamento jurídico (MACHADO, 2006, p. 114).

Verificada, pois, a existência de uma resposta estatal diversa aos ilícitos cometidos por um adulto em relação ao adolescente, o que implica uma responsabilidade diferenciada a este último, necessária a análise acerca das garantias previstas a esse sujeito, já que responsável por suas ações, consagrando, assim, sua condição de sujeito no mundo, sujeito de seu destino.

2.2 As garantias previstas ao adolescente autor de um ato infracional e as espécies de medidas socioeducativas

Conforme explica Frassetto, devido às lutas dos cidadãos ao longo da história contra os exageros punitivos do Estado, foi conquistado um rol de garantias de defesa que são consagradas como direitos humanos universais nas constituições dos Estados Democráticos. Assim, ao sujeito classificado como acusado, réu ou condenado, é reconhecido o *status* de sujeito de direitos, direitos estes cuja observância plena é condição primária para a pretensão punitiva estatal. Da mesma forma, tais prerrogativas devem ser alcançadas aos adolescentes, já que o Estatuto prevê medidas severas e muito semelhantes àquelas aplicadas a adultos quando da prática de um crime. Isso resulta em afirmar que o adolescente tem direito de opor-se à imposição de uma medida socioeducativa com todos os instrumentos legítimos, inclusive com aqueles assegurados pelo direito penal e outros em razão de sua condição de sujeito em desenvolvimento (2006, p. 306-308).

Nesse prisma, é indiscutivelmente adequado e natural que o texto constitucional apresente garantias ao adolescente que está na mesma situação de um adulto que eventualmente venha a ser sancionado pela prática de uma conduta definida como crime ou contravenção penal, considerando, ainda, que esta é a única situação no qual o interesse do adolescente que, via de regra, deve ser sempre buscado em decorrência do princípio do interesse superior, que cede, conforme se verá, espaço aos interesses da sociedade. Como consequência disso, o ECA, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, previu a possibilidade de utilização do arcabouço do direito penal e outras garantias específicas, em respeito à condição de pessoa em desenvolvimento (MACHADO, 2006, p. 107-108).

Na mesma linha de entendimento, Kozen defende que a aceitação da natureza sancionadora da medida socioeducativa, afirmando-se seu efeito penal, permite a incidência de um conjunto de princípios e garantias de uma área jurídica definida, apesar de suas imperfeições e divergências, mas que se evolui para um tratamento do adolescente com respeito à sua condição de sujeito, sendo capaz de garantir a diminuição dos níveis de subjetivismo e discricionariedade na atuação estatal, o que era regra sob o entendimento da doutrina menorista (2005, p. 64).

Versando sobre a repúdia às práticas menoristas, Rosa sustenta que as garantias democráticas precisam sair do papel, fazendo-se necessária uma oxigenação constitucional a partir da normatividade interna e dos documentos internacionais, com a estrita observância aos princípios e regras previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma crítica e organizada, implicando o reconhecimento de uma vez por todas que aos adolescentes são aplicáveis as mesmas garantias previstas aos imputáveis (2007, p. 87), sob pena de perpetuar aquilo que Lopes Jr. sustentou como “o processo desvelado na estrutura do ECA é apavorante: uma verdadeira monstruosidade jurídica” (apud COSTA, 2005, p. 17). Nesse sentido, o referido autor destaca que, a partir da observação de todo o sistema envolvendo o ato infracional e aplicação da medida socioeducativa, ainda há a prevalência de um sistema baseado na inquisitorialidade, refletindo absurdamente no desrespeito às garantias materiais e processuais, o qual é sustentado pelo poder das autoridades e baixíssima preocupação com a real necessidade dos adolescentes em conflito com a lei.

Buscando não perpetuar esse panorama desrespeitoso e humanamente inaceitável a uma categoria de sujeitos especiais, é que o ECA incorporou regras e princípios previstos na Constituição Federal e na lei processual penal, a fim de efetivar a proteção integral destinada

ao adolescente acusado da prática de um ato infracional, bem como de evitar as arbitrariedades existentes na vigência da doutrina da situação irregular do antigo Código de Menores. A partir disso, citam-se como exemplo garantias individuais expressamente previstas os artigos 106 a 109 da lei nº 8.069/90, e sua violação pode ensejar a prática dos crimes constantes nos artigos 230 e 235 da referida lei, sem prejuízo de outras sanções (DIGÁCOMO, 2006, p. 211). Além disso, também há previsão de garantias processuais que estão dispostas nos artigos 110 e 111, ambos da lei nº 8.069/90; o primeiro artigo traz referência expressa à obediência ao devido processo legal, o qual possui o objetivo precípua de permitir ao adolescente discordar da aplicação da medida socioeducativa, já que, além do caráter pedagógico, a medida possui como escopo a coerção e a sanção, sendo neste sentido a possibilidade de somente ser preso por flagrante delito ou por ordem judicial fundamentada. No que se refere ao artigo 111 do ECA, há garantias asseguradas para que o jovem possa exercer a plenitude de defesa, como o conhecimento formal da representação, a produção de provas, presença dos responsáveis, direito à defesa técnica exercida por advogado constituído ou dativo, entre outros (NICODEMOS, 2006, p. 76-77)⁴.

Somados a essas garantias processuais, há parâmetros mínimos para a aplicação das medidas nos artigos 112 a 114, ambos do ECA e, segundo Kozen, o Estatuto em seu artigo 114 condicionou a aplicação da medida socioeducativa somente diante da existência de certeza quanto à autoria e materialidade do ato infracional em análise, bem como a estrita observância de princípios como da legalidade, jurisdicionalidade, contraditório, inviolabilidade da defesa, da impugnação e da legalidade do procedimento, que se consubstanciam como verdadeiras garantias frente ao poder punitivo do Estado (2005, p. 68-69)⁵.

Com relação especificamente à execução da medida de internação, a mais severa dentre as previstas pelo ECA, há em seu artigo 124 a especificação de todos os direitos que se

⁴ Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

⁵ Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

consubstanciam em verdadeiras garantias ao adolescente submetido a esse regime⁶, sendo alcançado a esses sujeitos garantias que há muito tempo eram asseguradas aos adultos privados de liberdade. Nas palavras de Méndez constantes na obra organizada por Cury,

Os direitos do adolescente enumerados no art. 124 podem ser entendidos, paradoxalmente, como a erupção de uma “Revolução Francesa” com mais de 200 anos de atraso no mundo dos adolescentes privados de sua liberdade. O complexo sistema de garantias introduzido pelo Estatuto significa, em primeiro lugar, que o adolescente infrator deixa de constituir, definitivamente, uma categoria sociológica para se converter em uma categoria jurídica restrita. As garantias contidas no art. 124 devem ser entendidas como consequência lógica e, principalmente, necessária das garantias reconhecidas nos arts. 106, 110 e 111 do próprio Estatuto (apenas para citar os artigos mais diretamente pertinentes). Na realidade, as disposições do art. 124 constituem uma espécie de reparação histórica para uma categoria de indivíduos débeis (os jovens) que dividiam a imposição de sofrimentos reais com os adultos, sem gozar dos limites e restrições ao poder punitivo-correcional do Estado contidos nas garantias e que eram um direito adquirido dos infratores adultos (2003, p. 421).

Além dessas garantias previstas no ECA, há outras em tratados e convenções internacionais que estão vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (DIGÁCOMO, 2006, p. 211).

⁶ Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

- I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
- II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V - ser tratado com respeito e dignidade;
- VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
- VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;
- VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
- IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI - receber escolarização e profissionalização;
- XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

Apesar dessa gama de direitos e garantias expressamente previstos, é verdade que abusos vêm ocorrendo, com a persistência da visão menorista do adolescente como objeto de intervenção, bem como uma distorção da medida socioeducativa em sua essência. Porém, não é coerente justificá-los através da falta de regulamentação ou mesmo clareza das disposições acerca da apuração do ato infracional ou mesmo da execução da medida, podendo-se atribuir, principalmente, ao desconhecimento das normas específicas que regem esse ramo (DIGÁCOMO, 2006, p. 208-209). Nessa diapasão, o desaparecimento das práticas menoristas somente ocorrerá “com a correta compreensão e integral aplicação das normas e, acima de tudo dos princípios estatutários que regem a matéria” (DIGÁCOMO, 2006, p. 209), adotando-se, assim, uma nova visão do tratamento que deve ser destinado ao adolescente, o qual tem o direito irrenunciável da proteção integral, que o Estado tem o dever/poder de garanti-la. (DIGÁCOMO, 2006, p. 224).

Definidas algumas linhas gerais acerca das garantias dos adolescentes quando em conflito com a lei, necessário se faz verificar quais e como são caracterizadas as medidas socioeducativas. Elas estão dispostas no título III, capítulo IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, segundo entendimento de Veronese, de acordo com o disposto no artigo 112 da lei em comento, é facultada a aplicação da medida diante da verificação do ato infracional, uma vez que poderá ser aplicada a remissão pura e simples, bem como a aplicação de medidas protetivas, tais como encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade, orientação, apoio e acompanhamento temporário, entre outros (2005, p. 109-110).

Sendo verificado pelo Ministério Público, que é quem oferece representação contra o adolescente autor de um ato infracional, ou pelo juiz competente que há necessidade de aplicação de uma medida socioeducativa, será necessário escolher dentre aquelas taxativamente enumeradas no Estatuto, além da obrigatoriedade de observância do devido processo legal. Assim, somente será imposta a medida de duas formas, quais sejam, após conclusão do inquérito policial e oitiva do adolescente na Promotoria de Justiça, sendo ofertado pelo Ministério Público o benefício da remissão cumulada com uma medida que deverá ser homologada pelo juiz ou, ainda, através de sentença condenatória transitada em julgado, na qual haverá maior incidência dos princípios informadores do direito constitucional e penal (ROSA, 2006, p. 284).

Há dois gêneros de medidas socioeducativas, aquelas que implicam restrição de direitos tais como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à

comunidade e a liberdade assistida e as privativas de liberdade, sendo estas últimas a semiliberdade e internação.

A advertência será concedida ao adolescente quando esta for proposta pelo Ministério Público, sendo necessária sua homologação em juízo. A medida consiste em orientação a respeito da conduta praticada e suas implicações, bem como um alerta sobre a reincidência e suas consequências, que, certamente, gerarão a imposição de uma medida mais gravosa. Já a reparação do dano consiste em ressarcir o prejuízo material advindo da prática do ato infracional (SARAIVA, 1999, p. 91).

A prestação de serviços à comunidade, para Pimentel, é a medida que alcança os melhores resultados no que diz respeito ao ideal de reeducação do adolescente, uma vez que a sociedade será beneficiada e, principalmente, o adolescente, que se sentirá valorizado e incentivado a promover atividades lícitas que tragam benefícios a todos. Assim, será definido um local, normalmente uma entidade beneficente, para que o adolescente preste serviços de natureza gratuita, sendo observadas suas capacidades, além de que a medida não poderá prejudicar a rotina escolar, existindo para isso o limite semanal máximo de oito horas pelo período de seis meses, face o disposto no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente (2003, p. 146).

A medida que possui escopo de proporcionar orientação, acompanhamento e apoio ao adolescente sem que este seja privado de sua liberdade, mas apenas restrito de alguns direitos, é a liberdade assistida, por meio da qual o adolescente será acompanhado por um orientador, que fará relatório acerca do cumprimento da medida, situação familiar e demais atividades desempenhadas pelo mesmo. Cumpre destacar que é obrigatória a frequência escolar, laborativa ou de cursos profissionalizantes, de acordo com o artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente (MADERS, 2002, p. 35)⁷.

⁷ Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

O regime de semiliberdade, assim como a internação, é medida executada de forma a privar a liberdade do adolescente, porém, na primeira, ele tem o direito de executar atividades externas previamente definidas com a unidade de semiliberdade durante o dia, sem a vigilância de monitores e orientadores, mas possui horário e metas programadas, além da imposição de retornar à unidade no período noturno. Já a medida de internação importa na permanência por tempo integral do adolescente no centro de internação, caso não haja possibilidade de realização de atividades externas. Entretanto, havendo atividades externas, estas serão realizadas sob vigilância dos monitores, educadores e outras pessoas designadas. (SARAIVA, 2010, p. 180).

Feitas estas considerações preliminares sobre as medidas socioeducativas, cabe uma maior reflexão sobre a medida de internação, as regras estabelecidas pelo Estatuto e suas nuances, já que importa em privação total da liberdade de locomoção e restrição de outros direitos.

2.3 A internação como módulo máximo de privação de liberdade

A medida de internação é aquela que impõe ao adolescente restrição total de sua liberdade, uma vez que importa em sua institucionalização e obediência a regras previamente estabelecidas, sendo sua aplicação excepcional, uma vez que o legislador previu hipóteses específicas para sua incidência (KOZEN, 2005, p. 50). O dispositivo do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente refere que a internação somente poderá ser aplicada quanto se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves, e, por fim, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta⁸.

Por ato cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, necessário se faz a presença das elementares de grave ameaça ou violência na descrição do tipo penal, uma vez que, se assim não fosse, uma lesão corporal leve poderia ensejar a aplicação da medida mais

⁸Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

severa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que colocaria o jovem em desvantagem a um adulto, ao qual não seria imposta a pena privativa de liberdade pela prática de um crime da mesma natureza. Por reiterado cometimento de infrações graves não se mostra necessário o adolescente ser reincidente, mas ter praticado outros atos infracionais, havendo sentença transitada em julgado. Enquanto que somente serão considerados atos graves aqueles cuja lei penal preveja a pena de reclusão. Por fim, o descumprimento de medida anteriormente imposta somente poderá ser aplicado por reiterado descumprimento e injustificado quando a medida em execução é resultado de uma sentença, não sendo aceita a regressão daquelas concedidas em sede de remissão. (SARAIVA, 2010, p. 174-177).

Em consonância com as hipóteses acima analisadas, a aplicação da medida de internação deverá ser orientada pelos princípios da brevidade e excepcionalidade, além de observância da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, conforme o artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A brevidade está intimamente relacionada ao critério temporal, uma vez que o tempo de vida do adolescente é diferente do adulto que já passou por várias experiências e tecnicamente possui desenvolvimento integral das capacidades físicas e psicológicas (SARAIVA, 2010, p. 171-172)⁹.

Além disso, inegável os efeitos naturais advindos da institucionalização, uma vez que o adolescente será afastado da sua comunidade e se sujeitará a regras e convívio com outros adolescentes, devendo este princípio ser levado em consideração para garantir a preservação dos laços afetivos do adolescente, bem como sua individualidade (LEAL, 2000?, p. 10). Ademais, sabe-se que a liberdade é um direito reconhecido, consagrado e tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que para o indivíduo representa a perda de um dos valores mais importantes de sua individualidade (HAMOY, 2008, p. 73). Sustentando os efeitos nefastos da internação, Frasseto advoga pela inexistência de uma institucionalização boa, razão pela qual o princípio da brevidade deve inspirar todos os operadores envolvidos na contenção do adolescente (HAMOY, 2008, p. 33).

⁹ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

A incidência desse princípio está evidenciada no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que revela que a medida de internação possui tempo de cumprimento máximo de três anos e, alcançado esse período, o adolescente deve ser colocado em regime de semiliberdade ou liberdade assistida, e a reavaliação da medida deverá ser realizada no prazo máximo de seis meses.

Nesse ponto, cabe fazer uma consideração acerca da previsão legal de um prazo máximo de cumprimento da medida. Sabe-se que o adolescente poderá permanecer na instituição por até três anos, porém resta para ele uma indeterminação de quanto tempo poderá ficar nesse regime, e que a constatação das condições para que ele progrida de medida ou tenha a mesma extinta é baseada e fundamentada nos informes técnicos dos profissionais que compõem o programa que executa a medida e, segundo Frasseto, embora a lei não defina os profissionais que devem conduzir e realizar os relatórios, na prática são o psicólogo e o assistente social que compõem a equipe técnica da unidade, sendo que em decorrência do conhecimento técnico desses profissionais, os resultados dos pareceres avaliativos acabam por redundar em análises criminológicas que enfatizam aspectos do desenvolvimento pessoal e familiar do adolescente, deixando de lado a integralidade do fenômeno que se opera, utilizando-se, por vezes, de conceitos abertos e autorizadores da manutenção do adolescente no regime de internação em razão de situações pessoais que não dizem respeito ao ato que foi responsabilizado (2006, p. 311).

Nesse sentido, segundo previsto nos artigos 113 e 100, ambos do ECA, a medida é definida em razão das necessidades pedagógicas do adolescente, buscando-se, assim, o pleno atendimento de tais anseios¹⁰. Ocorre que, normalmente, o programa de execução da medida

¹⁰ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

de internação propõe-se a inúmeras intervenções voltadas a corrigir desvios, transformar pessoas e realidades, por vezes, inviáveis diante do complexo contexto social e de dissociáveis características individuais do sujeito objeto da intervenção. Dessa forma, ao adolescente é imposta uma rotina de intervenções que, de forma geral, não possui interesse em seguir, porém não pode deixar de cumprir caso não queira ser prejudicado. Assim, caso cumpra com as tratativas previamente estabelecidas em seu plano individual de atendimento, mantendo bom comportamento, atendidas às necessidades de sua família, ou seja, com a alteração do contexto que ensejou a internação, terá direito à retomada de sua vida em liberdade. Conclui-se, portanto, que todo o sistema está configurado para a transformação do socioeducando, o que normalmente é aferido pela constatação de mudanças habilitadoras à liberdade (FRASSETO, 2006, p. 311).

Outro princípio extremamente relevante é a excepcionalidade, o qual está intimamente ligado ao da brevidade, pois a medida de internação somente deverá ser aplicada quando nenhuma das outras previstas pelo estatuto se mostre adequada, bem como a observância das hipóteses de cabimento da medida de internação (HAMOY, 2008, p. 20). Isso porque é necessário ser levado em consideração as condições pessoais do adolescente, sua capacidade de cumprir a medida e os elementos que permeiam o ato infracional, diante do disposto no artigo 112, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento importa dizer que as crianças e adolescentes são seres humanos em fase singular de desenvolvimento, sendo necessário o reconhecimento de direitos e garantias, os quais devem estar estruturados num único valor, o amor. As crianças e adolescentes precisam ser amados, para que através da educação seja alcançado o ideal humanitário da medida (VERONESE, 2005, p. 107-108).

Além disso, Veronese destaca que a doutrina da proteção integral contemplou a questão de prioridade absoluta no atendimento aos adolescentes, o que também deve estar

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

presente no momento de aplicação da medida de internação. Isso implica dizer que a proteção destinada a eles tem preferência ao invés de questões políticas, econômicas e criminais, exigindo dos operadores jurídicos estrita observância dos direitos fundamentais (2005, p. 112).

Ainda, afora as regras previstas para o cabimento da medida e os princípios norteadores para sua aplicação, o adolescente internado tem o direito de realizar atividades externas, desde que a sentença que aplicou a medida, fundamentada e justificadamente, não preveja a impossibilidade de realização das atividades. Por atividades externas, entendem-se saídas monitoradas da unidade, para visitação dos familiares, participação em cursos profissionalizantes e escola, além de outras atividades oportunizadas pela instituição. Torna-se importante a permissão dessas atividades para que o adolescente possa manter contato com o mundo externo e vislumbre possibilidades de não reincidência (SARAIVA, 2010, p. 179-180). Nesse sentido, com a mesma ideia de manter contato com o mundo externo, o adolescente tem o direito de receber visitas, a qual beneficia os pais ou responsáveis, bem como aqueles que desejam vê-lo, como, por exemplo, companheira, amigos e outros familiares (HAMOY, 2008, p. 23).

Feitas essas considerações, cabe destacar que, apesar do regramento pertinente à internação, ela ainda é a medida que gera maior discricionariedade no momento de aplicação, seja por conta de alguns conceitos abertos dentro do ECA, como o que se considera fato grave, seja por entendimento dos envolvidos do processo de apuração do ato infracional que a consideram unicamente protetiva ou até mesmo pelo discurso de necessidade de punição do adolescente, diante da necessidade de reeducá-lo e servir como forma de amenizar o sentimento de insegurança social.

3 PRENDER SOBRE O PRETEXTO DE PROTEGER

A liberdade cerceada das ruas e do cotidiano traz reflexões mais complexas do que a simples privação de liberdade. O sistema merece um olhar atento quando da aplicação da medida socioeducativa de internação, visto que são perceptíveis incongruências legais.

3.1 O princípio do superior interesse do adolescente e seus corolários utilizados como autorizadores de proteção e não de responsabilidade

Atualmente vive-se numa sociedade capitalista, excludente e extremamente violenta, a qual tem atribuído de forma indiscriminada a prática de atos infracionais à população infanto-juvenil. Segundo sustenta Veronese, “a adolescência envolvida com a prática de atos infracionais, constrói-se a partir da negação de direitos – escola, saúde, família, profissionalização...”. Nesse sentido, vige a necessidade do reconhecimento de um quadro de garantias e princípios aos adolescentes, buscando-se dar prevalência às conquistas efetivadas pelos documentos internacionais, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi ratificada pelo Brasil e resultou na adoção da doutrina da proteção integral no ordenamento interno (2005, p. 106).

É dessa forma que o direito da criança e do adolescente renasce como um sistema solidificado pelo princípio do interesse superior desses sujeitos, que está previsto expressamente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual, em linhas gerais, estabelece que todas as ações, seja de instituições públicas, seja de particulares, devem buscar o melhor para esses sujeitos, sempre se utilizando como critério a perspectiva de seus interesses, resultando, conseqüentemente, na satisfação de seus direitos fundamentais (CUSTÓDIO, 2008, p. 33).

Nessa linha, Costa entende que esse dispositivo constante na convenção que estabelece o princípio do interesse superior tem força de norma fundamental interna, acompanhando a corrente doutrinária majoritária nacional, em razão de que os tratados de direitos

humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com tal *status*, em conformidade com o artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal (COSTA, 2012, p. 152)¹¹.

Apesar da moderna concepção desse princípio, sua origem remonta ao direito anglo-saxônico, tendo em vista a necessidade do Estado em tutelar aqueles tidos como loucos e menores, indivíduos juridicamente limitados. Nesse sentido, o princípio era utilizado na doutrina da situação irregular como forma de autorizar graves injustiças, sob a justificativa de que se buscava o melhor interesse do menor, possibilitando uma visão do ponto de vista do mundo adulto, visto que as necessidades e anseios da população infanto-juvenil eram vistos a partir de parâmetros do mundo daqueles e não de suas reais necessidades (COSTA, 2012, p. 152).

De acordo com Bunöl, esse princípio evoluiu juntamente com o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes, ganhando uma significação diversa daquela em que foi criado, sendo necessária uma análise sistemática das normas atinentes a esses sujeitos em seu conjunto. Assim, a aplicação atual desse princípio deve romper com a ideia de que cabe ao magistrado e demais aplicadores das leis a avaliação do que seja o melhor para a criança/adolescente de acordo com critérios puramente subjetivistas. A avaliação a ser feita necessita levar em consideração qual a alternativa que garante um conjunto mais amplo de direitos em harmonia. Dessa forma, impõe-se uma limitação a atuação dos adultos em suas funções, já que devem sempre buscar a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes envolvidos na discussão (apud COSTA, 2012, p. 153).

Ocorre que, apesar do novo entendimento dado a esse princípio e ele tenha representado inestimável avanço para toda a estruturação da normatividade pertinente a esse grupo de sujeitos, o mesmo princípio acaba, por vezes, sendo utilizado como um verdadeiro Cavalo de Troia da antiga doutrina tutelar, com raízes nos dias atuais, servindo como justificativa para fundamentar decisões à margem dos direitos e garantias expressamente reconhecidos aos adolescentes autores de atos infracionais, baseando-se na ideia que sabem o que é o melhor para o adolescente, desrespeitando a real vontade desse sujeito (SARAIVA, 2010, p. 46).

¹¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Frasseto destaca como exemplo do afirmado por Saraiva a interpretação errônea do artigo 112 do ECA, o qual poderia chegar à esdrúxula conclusão de que as medidas socioeducativas teriam caráter protetivo, o que inevitavelmente gera a limitação de incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa. Ou, ainda, a aplicação da medida de internação em hipóteses nas quais não seria necessária, somente imposta em razão da busca pela paz social, com nítidos prejuízos aos princípios da excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade (2006, p. 115-116).

Nesse sentido, percebe-se que tribunais determinam a internação de adolescentes em casos nos quais adultos não seriam presos, sob a argumentação de que a medida socioeducativa não se enquadra como uma pena, sendo, portanto, uma benesse ao adolescente, uma oportunidade de crescer como sujeito e conformar-se a regras sociais. Dessa forma, em nome de uma suposta proteção, ou melhor, do amor, retrocede-se nas conquistas dessa categoria, perpetuando-se, assim, uma antiga prática, a proteção efetivada a partir da segregação (SARAIVA, 2010, p. 46). Cita-se como exemplo o teor da apelação Cível Nº 70048540447, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS e da apelação Cível Nº 70048206155, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS¹².

¹² ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO. DANO. PRINCÍPIO BAGATELAR. PROVA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO COM ATIVIDADES EXTERNAS. ADEQUAÇÃO. 1. Não se cogita do princípio bagatelar quando a conduta do jovem está a merecer não apenas censura, mas de reeducação, havendo necessidade de mostrar-lhe que deve observar os limites necessários para a convivência em sociedade. 2. Comprovadas tanto a autoria como a materialidade do ato infracional, imperiosa a procedência da representação e a imposição de medida de cunho socioeducativo, adequada à gravidade do fato e às condições pessoais do infrator. 3. Tratando-se de furto praticado em co-autoria, durante o repouso noturno e com destruição de obstáculo, e de um jovem com vasta lista de antecedentes, que reitera na prática de atos infracionais graves, mostra-se adequada a medida socioeducativa internação, com atividades externas, pois há necessidade de mostrar ao adolescente, com veemência, a censurabilidade social que repousa sobre a sua conduta, ensinando-o respeitar o patrimônio alheio, sob pena de se tornar inquilino assíduo do sistema penitenciário estatal. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70048540447, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/07/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE LAUDO INTERDISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADA. CABÍVEL A APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO ANTE AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO REPRESENTADO. PRELIMINARES Ausência de laudo. O laudo interprofissional é facultativo, podendo o juiz, se entender que nos autos residem as provas suficientes para formar sua convicção. Reiterados precedentes da câmara. No caso é desnecessário e não se verifica prejuízo. Inexistência de nulidade. Do princípio da insignificância. Embora entenda que sua aplicação seja possível nos atos infracionais, no peculiar do presente caso, é descabido o reconhecimento do princípio da insignificância como forma de exclusão da tipicidade do ato infracional praticado, tendo em vista o valor da "res furtivae". MÉRITO Autoria A autoria foi comprovada pela confissão do adolescente e pela prova oral colhida em juízo. Materialidade Boletim de ocorrência, auto de apreensão, auto de restituição, auto de avaliação indireta e prova oral colhida em juízo que provam a respeito da materialidade do fato praticado. Antecedentes. Adolescentes sem antecedentes. Análise dos antecedentes que deve atender os termos da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais do STJ e STF. Medida socioeducativa Certa a autoria e a materialidade, inexistindo causa ou fatores para a improcedência da representação, a aplicação da medida socioeducativa é de rigor. Ressalvado o entendimento divergente do Relator, no presente caso, é viável a aplicação de internação ao representado condenado pela prática de furto, em face de suas condições pessoais. Assim, vai mantida a sentença que aplicou internação ao representado, negando-se provimento ao apelo, por maioria. REJEITARAM AS PRELIMINARES, UNÂNIME. NO MÉRITO, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR. (Apelação Cível Nº 70048206155, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/07/2012).

Além disso, em outras situações nas quais para o ato infracional praticado a internação poderia ser a medida aplicada ao caso, percebe-se a utilização de discursos protetivos como um dos fundamentos autorizadores da internação. Nesse sentido, interessante destacar aqui o voto do desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves na apelação cível nº 70032974024:

A medida de internação tem inequívoco caráter expiatório, mas tem, também, a finalidade de proteger a sociedade e também o infrator, que se mostra pessoa desajustada, cuja conduta é marcada pela ousadia e ausência de limites, sendo portadora de periculosidade social, assegurando-lhe a assistência psicológica e social de que tanto necessita. Afinal, a meta do Estado é reverter o seu potencial criminógeno, para que venha a se tornar cidadão útil e integrado à vida em sociedade. (2010, p. 7).

No processo analisado pelo desembargador, inquestionável que se trata de fatos graves e repudiados pelo ordenamento jurídico nacional, tentativa de roubo e latrocínio, entretanto percebe-se a tentativa de justificar a imposição da medida como forma de proteção do próprio adolescente, além de seu caráter repressor, cabendo aqui o questionamento acerca de que tipo de proteção realmente se busca e se o adolescente quer essa tutela. Além disso, o parecer acima transcrito vai ao encontro das palavras de Frasseto, que afirma que o adolescente alvo da institucionalização é um objeto do saber comum e de técnicos, ou seja, da sociedade como um todo e de psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, juristas, entre outros, que na maioria das vezes possuem um parecer com conteúdo discriminatório, visto que a partir da percepção dos mesmos cria-se uma identificação, rotulação do adolescente institucionalizado. Sua crítica se assenta na inadmissibilidade de etiquetamentos nosológicos, como, por exemplo, psicopata, perigoso, ou mesmo de sociais ou psicológicos, já que está superada a imposição de medidas socioeducativas baseadas na ideia de perigo e desvio de conduta dos adolescentes, sobretudo em respeito ao princípio da legalidade (HAMOY, 2008, p. 31-32).

Nesse enfoque, cabe destacar que o princípio do melhor interesse deve ser invocado como instrumento de reconhecimento da criança e adolescente como verdadeiros sujeitos de direitos, limitador do poder estatal, inclusive na questão envolvendo a socioeducação, voltando-se às reais necessidades do adolescente que são alvo desse sistema (COSTA, 2012, p. 154).

Pode-se dizer, ainda, que o princípio anteriormente analisado está intrinsecamente relacionado ao da prioridade absoluta, já que, segundo estabelecem o artigo 227 da

Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 4º do ECA, todos são responsáveis pelo atendimento das necessidades das crianças e adolescentes, Estado, sociedade e família, e a realização e busca por soluções devem ser feitas com absoluta prioridade¹³. Esse princípio, além de servir como critério para solução de conflitos, vem reforçar a ideia de satisfação de direitos fundamentais, uma vez que estabelece prioridade absoluta no atendimento e destinação de recursos necessários para a execução de ações para o atendimento de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2008, p. 34).

Apesar da clara redação dada aos dispositivos legais que contempla o referido princípio, não há tranquilidade em sua utilização prática, já que decorre da interpretação dada ao caso concreto, tornando-se um tanto subjetiva a definição do que se entende por prioridade a ser garantida na situação em análise (COSTA, 2012, p. 148). Exemplos dessa afirmativa são passíveis de verificação a partir das decisões oriundas dos Tribunais de Justiça brasileiros, identificando-se a falta de uniformidade na aplicação do princípio, sendo a utilização de preceitos legais como este para justificar a posição pessoal do julgador sobre o que ele defende e acredita, o que é muito variável diante de seu contexto pessoal de vida, sem dar a devida atenção da prioridade a ser estabelecida em favor da criança ou adolescente envolvido.

Como ponto de partida para a resolução desse impasse, Costa propõe o maior envolvimento e conhecimento por parte dos operadores jurídicos do sistema normativo aplicado a essa parcela de sujeitos, procurando ver a realidade onde estão inseridos, a partir do ponto de vista etário e sociocultural da criança e adolescentes, já que a subjetividade sempre estará presente nas decisões, porém será limitada por parâmetros mínimos que somente restaram concretizados com a formação de um entendimento aproximado da realidade juvenil (2012, p. 151).

Já o princípio da autonomia progressiva resulta do entendimento consagrado no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁴ de que a criança e o adolescente devem ser

¹³ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

¹⁴ Art. 12. 1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

ouvidos e sua palavra considerada quando seus interesses diretos ou indiretos estiverem envolvidos em processos judiciais ou mesmo administrativos, sendo elevados à condição de protagonistas, com voz e atuação, deixando de ser considerados meros objetos. Tal princípio possui grande incidência na apuração do ato infracional, já que o adolescente tem o direito de acompanhar a instrução do feito e manifestar seu inconformismo com a acusação (SARAIVA, 2010, p. 44).

Outro momento de grande valia para a aplicação do referido princípio é na execução da medida de internação, já que se sabe que a institucionalização contribui para um processo denominado por Frasseto como de despersonalização, uma vez que na institucionalização há marcadamente grande controle do cotidiano do adolescente recluso, ocasionando um espaço sem iniciativas pessoais. O adolescente precisa participar das decisões afeitas à medida a ele imposta, sob pena de não se responsabilizar pelo seu cumprimento. Outrossim, do ponto de vista da instituição, a participação do recluso também deve ser interessante, uma vez que a vida diária dentro de uma instituição depende de regras e a elaboração e a revisão das normas de forma conjunta vêm favorecer a convivência e o aprendizado, além de gerar a adesão espontânea a elas (HAMOY, 2008, p. 25-26).

Por fim, e não menos importante, está o princípio da condição peculiar de desenvolvimento que foi recepcionado pela Constituição Federal, baseando-se na necessidade de tratamento diferenciado entre crianças, adolescentes e adultos, como forma de buscar uma equidade entre esses grupos, reconhecendo-se todos como pessoas de direitos, entretanto, respeitando-as de acordo com seu respectivo processo de maturidade (COSTA, 2012, p. 159). A partir desse postulado, se reconhece definitivamente a condição de sujeitos, detentores de direitos e responsabilidades, porém se encontram em fase de amadurecimento, o que justifica o reconhecimento de todos os direitos previstos aos adultos, além de outros tidos como especiais. É nesse viés que a conduta de um adolescente não pode ser comparada à de um adulto, bem como eventual medida socioeducativa não pode ter como parâmetro a quantidade de pena que seria imposta a um adulto, como forma de justificar a medida ou mesmo de perpetuá-la, fazendo a internação estender-se por um período desnecessário, por vezes, pautado no discurso de necessidade de recuperação e proteção (DIGÁCOMO, 2006, p. 222).

2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Percebe-se, por fim, a existência de princípios específicos dentro do direito da criança e do adolescente, buscando-se, primordialmente, o atendimento e observância das características singulares dessa fase de desenvolvimento, são a infância e a adolescência, devendo a incidência desses princípios prevalecer diante de outras questões, ainda que a situação seja a prática de um ato infracional.

3.2 O direito penal juvenil *versus* uma perspectiva de direito da criança e do adolescente sociopedagógico

Indiscutível o avanço que o ECA promoveu no regramento aos direitos e deveres das crianças e adolescentes, sobretudo no âmbito das medidas socioeducativas; porém, há lacunas que permitem que ocorra a discricionariedade na sua aplicação e execução, surgindo aqui o impasse entre a punição e proteção: ora a aplicação e execução das medidas visando à educação e desenvolvimento do adolescente, ora com caráter punitivo e de retribuição, até mesmo voltadas às origens da doutrina da situação irregular, chegando-se à hipótese de que poderia ser ela uma forma de punição destinada à proteção do adolescente. Nessa linha de pensamento, Mendéz propõe a discussão através da existência de uma crise de implementação e de interpretação do ECA. A implementação se refere ao que a lei estabelece e determina em contraposição à possibilidade de aplicação na prática, de acordo com os meios disponíveis, ou seja, há falta de recursos para o investimento em políticas públicas universais, como escola, educação e o próprio sistema socioeducativo, visto que os poucos recursos disponibilizados são utilizados em grande parte de forma inadequada, situação que vem dificultar ainda mais a captação de recursos para esse fim. Dessa forma, não havendo um aumento no financiamento do gasto social, há um agravamento das malezas que geram a primeira crise e, conseqüentemente, vem amplificar a segunda (2000, p. 6).

A segunda crise, a da interpretação, é muito mais complexa que a primeira, tanto em sua natureza, como explicação. Em síntese, se refere à interpretação dada ao ECA, em especial, no tratamento destinado às medidas socioeducativas de privação de liberdade, nas quais se percebe a persistência de uma cultura paternalista, ligada às práticas tutelares, em uma legislação que prevê a responsabilização do adolescente (MENDÉZ, 2000, p. 6). Nesse viés, cabível, pois, a discussão acerca do caráter e finalidades da medida socioeducativa,

penal, protencionista ou educacional. Não há pacificidade no assunto, tanto na doutrina, jurisprudência e, principalmente, na prática.

Assim, para a análise do significado da medida socioeducativa de internação, necessário se faz seu entendimento por dois ângulos ou vertentes: seu sentido material, consubstanciado em sua natureza e, sob o enfoque instrumental, o que a medida pretende alcançar na prática. Para a análise do ponto de vista material, importante a verificação do que ela representa para o adolescente. Segundo Kozen, significa uma ruptura unilateral com a vida de acordo com escolhas pessoais do indivíduo para ser submetido a regras e normas impostas pela institucionalização, desaparecendo a individualidade do adolescente diante da padronização institucional. Com a medida de internação, o adolescente será privado de sua liberdade e brevemente afastado de sua comunidade, família, amigos, representando para ele a consequência mais grave possível, havendo forte conotação de repressão pela prática do ato infracional (2005, p. 50-51).

Ainda, sustenta que as medidas socioeducativas são compostas de unilateralidade e obrigatoriedade, sendo indiscutível a sua carga de aflição, mesmo sendo os adolescentes sujeitos em desenvolvimento. Nesse prisma, defende que o socioeducando somente aceita a medida e submete-se às suas consequências e efeitos porque sabe que são a resposta de um ato ilegal e que devem pagar por ele. Dessa forma, a aplicação da medida não resulta em nenhum efeito tutelar ou protetivo do interesse do adolescente; apenas a retribuição do mal praticado, razão pela qual conclui pela natureza eminentemente penal da medida (KOZEN, 2005, p. 58-59).

Da mesma forma, para Malvasi a internação representa para o jovem “sofrimento de uma intervenção repleta de ambiguidades, porque essa condição é imposta a eles como algo feito para protegê-los deles próprios e de seu contexto de vulnerabilidades” (2010, p. 13). Entretanto, cabe observar que neste aspecto há subjetividade de difícil percepção e compreensão, uma vez que o significado para cada um dependerá da forma como entende e vê a situação, diante das experiências já vivenciadas, ambiente de desenvolvimento, rede de apoio, família e comunidade; já para outros tantos adolescentes a medida de internação pode significar período de amadurecimento e aprendizado.

Outrossim, para se verificar o caráter e conseqüentemente a finalidade da medida de internação, esta precisa ser compreendida a partir dos diferentes significados que a ela são atribuídos, podendo se ver que, para muitos doutrinadores, a natureza e a finalidade da

medida são idênticos e, para outros, como o já citado Kozen, elas são extremos opostos. Para Veronese, a medida socioeducativa não possui natureza penal, face à existência de normas explícitas no Estatuto as quais consagram o caráter social como medida voltada à reinserção do adolescente em sua comunidade e o suprimento de suas necessidades, sejam elas emocionais, psicológicas, sejam físicas (2005, p. 133). Além disso, destaca que a melhor forma de intervenção na esfera do adolescente é por meio de atitudes que o façam refletir acerca do ato praticado, através da pedagogia (VERONESE, 2005, p. 113), ou seja, atividades escolares, orientação de profissionais capacitados de acordo com as necessidades evidenciadas no caso concreto, cursos profissionalizantes, entre outros. Como exemplo, tem-se o disposto nos artigos 100 e os incisos do 101 da lei 8.069/90, o qual deixa claro que na aplicação das medidas serão levadas em consideração as que visem ao melhor atendimento do adolescente, sendo primordial o fortalecimento dos vínculos comunitários e familiares, bem como a aplicação de medida protetiva ao invés de medida socioeducativa¹⁵. De acordo com este entendimento, quando a medida socioeducativa é vista ao lado das medidas de proteção, ambas podem ser compreendidas como de um gênero comum, sendo possível o entendimento não punitivo da medida (VERONESE, 2005, p. 110).

Garrido de Paula também repudia a existência de um direito penal juvenil, sob a justificativa de que o ramo jurídico que trata das crianças e adolescentes constitui-se como autônomo dentro do ordenamento jurídico, separado do direito penal e civil, havendo direitos e garantias próprios com respaldo na Constituição Federal e regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, explica que as medidas em sentido prático representam o desvalor a prática de um ato infracional, bem como “suas finalidades ultrapassam a prevenção especial e geral e alcançam o ser humano em desenvolvimento, de sorte que indicam uma interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação ou mesmo tratamento”. (2006, p. 34). Dessa forma, a medida socioeducativa de internação é tomada como forma de propiciar atendimento ao adolescente, levando-se em

¹⁵ 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;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

conta o princípio da prioridade de atendimento, bem como a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, tendo por objetivo final a sua reinserção social.

Outra linha de pensamento é adotada por Costa, que considera que a medida socioeducativa, embora não seja uma pena propriamente dita, possui caráter penal, tendo natureza sancionatória e de retribuição, trazendo uma consequência jurídica similar à pena retribuição contra uma conduta contrária ao direito, apesar da sua execução ser destinada à educação do adolescente. Segundo a jurista, isto se justifica porque, à medida que o adolescente tem sua liberdade restrita, principalmente quando a medida imposta é a internação, há incidência do caráter aflitivo e sentimento de punição tipicamente da pena imposta aos adultos. Além disso, cabe destacar que seu posicionamento pelo reconhecimento de um caráter punitivo evidencia que todos aqueles direitos e princípios aplicados no âmbito do direito penal também deverão ser estritamente observados na aplicação de medida socioeducativa diante da prática de um ato infracional (2005, p. 79).

No mesmo sentido, Kozen entende que a medida socioeducativa está intimamente relacionada ao direito penal, tanto que toda a sua normatividade possui amparo nesse ramo do direito, principalmente os princípios, chegando-se à conclusão de que, se o significado da medida é igual ao da pena propriamente dita, também será igual o que ela representa, ou seja, forma de punição. Em ambas haverá privação de liberdade e restrição à autodeterminação do sujeito, além de significar para a sociedade forma de defesa, uma vez que exclui os transgressores dos demais membros (2005, p. 72-73). De igual modo, questiona a necessidade de defesa técnica caso seja adotado o entendimento de caráter tutelar da medida. Isso porque, se o juiz considera que a medida socioeducativa é uma forma de proteção e esta agirá unicamente para beneficiar o adolescente, assim como um pai faz ao escolher determinada instituição de ensino para o filho, não haverá necessidade do devido processo legal no processo de apuração do ato infracional, não cabendo, de igual modo, a intervenção do Ministério Público, defesa técnica e de todos os princípios corolários ao direito penal (2005, p. 56-57).

Portanto, percebe-se a nítida separação quanto à natureza da medida; de um lado, defendem seu caráter pedagógico, repudiando-se qualquer referência a um direito da criança e do adolescente ligado ao direito penal, apesar de a maioria reconhecer a incidência de postulados daquele; de outro, a afirmação de um direito penal especial aos adolescentes em conflito com a lei. Debates acalorados permeiam o tema, o que releva sua relevância, sendo este um dos enfoques que permite uma melhor compreensão acerca da possibilidade da

existência de uma punição pelo ato infracional privilegiando-se a proteção ou não do adolescente.

3.3 Um horizonte visível: Desafio por um direito da criança e do adolescente consonante a complexidade social

Apesar das garantias constitucionais e legais reconhecidas aos adolescentes em conflito com a lei, arbitrariedades continuam sendo legitimadas por eufemismos traduzidos na busca pelo melhor interesse do adolescente, sua educação, ressocialização e, principalmente, em razão do ideal de proteção. Invoca-se, na verdade, a antiga doutrina da situação irregular, com o discurso de proteção, o que possibilitava o Estado segregar sujeitos indesejáveis sem que tivesse que aplicar as garantias constitucionais e limites do direito penal, de maneira que crianças e adolescentes eram segregados em estabelecimentos carcerários, denominados centros de recuperação, de terapia e até mesmo de proteção (AMARAL E SILVA, 2006, p. 59).

Nesse sentido, as palavras de Mendéz traduzem esta realidade:

As piores atrocidades contra a infância se cometeram (e se cometem ainda hoje), muito mais em nome do amor e da compaixão que em nome da própria repressão. Se tratava (e ainda se trata) de substituir a má, porém “boa” vontade, nada mais – porém também nada menos – pela justiça. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso nada contra o amor quando o mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Pelo contrário, tudo contra o “amor” quando se apresenta como um substitutivo, cínico ou ingênuo da justiça (2000, p. 7).

É por esse entendimento que se reconhece que a proposta pedagógica continua sendo utilizada como máscara para perpetuar a arbitrariedade, sujeitando adolescentes a verdadeiras penas indeterminadas, impostas de maneira subjetiva e sem limites claros e precisos, desrespeitando, por ora, critérios como a legalidade e proporcionalidade que justificam todo o sistema de aferição do ato infracional. Além disso, perpetuando-se esse sigma de incapacidade do adolescente acaba por não se impor direitos em razão do suposto discurso protetivo, resultando na “criminalização da pobreza, convertendo-se vulnerabilidade social em periculosidade, psicomedicalizando a transgressão, punindo-se para educar” (HAMOY, 2008, p. 15).

Ponto de vista interessante é o de Rosa, que define essa falsa proteção como totalitarismo pedagógico-ortopédico, na busca por melhorar o adolescente a fim de realinhá-lo à ordem social, postura que somente serve para alcançar os interesses ideológicos dos atores jurídicos. Além disso, sustenta que a referida postura aproxima-se de teorias oriundas de países desenvolvidos, como o Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs¹⁶, ou a Teoria das Janelas Quebradas¹⁷, o que leva facilmente à instauração de um direito infracional de exceção, o qual utiliza como pano de fundo a segurança de todos, inclusive do adolescente a quem está sendo imposta a medida de internação, diante das malezas sociais. Nesse sentido, a proposta de um direito de exceção, baseado na falácia da proteção, que é via de regra, charlatã, somente é útil para a supressão das garantias previstas na Carta da República e nos documentos internacionais (2006, p. 299).

É nesse embate que Amaral e Silva propõe que se questionem os próprios adolescentes, ou melhor, os protegidos, se estão satisfeitos com a proteção do sistema, se ele é realmente justo. Sustenta que somente acreditará nesse modelo educacional proposto no momento em que juristas e demais técnicos envolvidos encaminhem seus filhos para o sistema a fim de que sejam protegidos, pois, enquanto o sistema for restrito aos infratores e este sistema de educação incluir a intervenção estatal coativa, será um sistema retributivo, repressivo e somente protetor da sociedade, nunca dos adolescentes. Isso porque a proteção do adolescente se alcança através de políticas básicas e no que tange à educação, nas instituições realmente direcionadas a esse fito (2002, p. 4-5).

Sob esse enfoque, a medida socioeducativa de internação jamais poderá ser considerada uma benesse ao adolescente, porém configura-se como um mal necessário, já que é um bem para a prevenção, repressão da delinquência e para a sociedade, uma verdade que necessita ser aceita (AMARAL e SILVA, 2002, p. 5). Sobre o assunto, Frasseto sustenta que a medida socioeducativa é uma forma de a sociedade devolver ao adolescente um mal por ele praticado, consubstanciando-se num sentimento irracional de retaliação, porém muito poderoso, uma vez que legitima e perpetua a situação do adolescente privado de liberdade, a condição de que merece sofrer e, necessita disso para que ele não reitere na prática de outros

¹⁶ O Direito Penal do Inimigo busca combater aqueles que colocam em perigo a sociedade, comportam-se de maneira desviada, assim não merecem ser tratados como cidadãos, mas como inimigos. É nesse enfoque que se destaca três características principais, quais sejam, a prospectiva da punição, penas desproporcionalmente altas e, por fim, a relativização ou mesmo supressão de garantias processuais (JACOBS; MELIÁ, 2012, p. 47 e 90).

¹⁷ Consubstancia-se em uma teoria voltada a busca pela manutenção da ordem social, almejando a diminuição da prática de crimes. Assim, busca-se punir com maior rigor crimes que poderiam ser considerados de baixa reprovabilidade, porém casos estes não sejam punidos, os indivíduos se sentirão mais seguros para a prática de outros crimes mais graves. Analogicamente, caso uma janela seja quebrada e não consertada, consequentemente, outras janelas serão quebradas (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 1-2).

atos infracionais, o que configura a prevenção especial e, para que sirva como exemplo para os demais, resultado da prevenção geral (HAMOY, 2008, p. 14).

Além disso, Rosa entende que não se pode querer melhorar o adolescente, instituir-se um processo de canonização através da medida socioeducativa, somente podendo ser indicado um caminho como a educação, terapia e outras atividades, quando isso se mostrar uma demanda interna do adolescente. Nesse sentido, é que repudia a indeterminação de prazos da medida para ser cumprida de acordo com uma meta pedagógica, uma das modificações que devem ser operadas na socioeducação, devendo ser fixado um tempo máximo para o cumprimento da medida, principalmente as privativas de liberdade, sendo um direito do adolescente optar por não participar das atividades propostas pela instituição sem que isso prolongue o tempo de permanência, já que a docilização do adolescente não pode ser a regra como está se buscando ao adotar uma visão pedagógica das medidas (2006, p. 300).

Reconhecendo-se as consequências e implicações desastrosas da proteção como pretexto para punir através da medida de internação, necessária uma radical mudança, mesmo sabendo que a construção de um novo entendimento implica a desconstrução de velhas práticas arraigadas que teimam em perpetuar-se, o que não ocorrerá de forma imediata, nem mesmo se constrói sem momentos de crise (HAMOY, 2008, p. 15). Inegavelmente, o primeiro passo já foi dado, com a afirmação da doutrina da proteção integral e seus corolários, além de o ECA constituir-se como um instrumento adequado, eficiente e de acordo com os padrões internacionais de respeito aos direitos humanos (MEDÉZ, 2000, p. 12). Porém urge a necessidade de assunção de uma postura verdadeiramente realista e científica em relação à socioeducação.

Em uma de suas obras, Rosa expõe com grande maestria que a medida socioeducativa encarada como pura pedagogia, uma espécie de maternagem ilimitada assumida pelos Juizados da Infância e Juventude, fomenta um processo de McDonaldização, melhor explicando, ao assumir a função materna, naturalmente protetora de sua prole, cria propostas de trabalho das medidas de forma padronizada, sem a consideração da singularidade do adolescente, impondo-se a educação, disciplina, tratamento sem limites. Assim, necessário que ao adolescente submetido ao sistema socioeducativo seja lembrado e advertido de que, apesar de ser um mundo sem limites, nem todas as suas vontades e dos demais podem ser satisfeitas e, sendo o sujeito respeitado e havendo uma demanda pela proteção, esta deve ser feita dentro dos limites éticos, já que insustentável de forma diversa em um Estado Democrático (2007, p. 117). E, assim, complementa Rosa:

Neste mundo sem limites, sem gravidade, cabe indagar o desejo de continuar, e encontrar um caminho singular pelo Direito, o qual tem se tornado um instrumento de satisfação perversa do objeto. Não para tornar o adolescente mais feliz, sob pena de se cair na armadilha do discurso-social padrão, mas de resistir apontando o impossível. Este é o desafio, articular ética e singularmente os limites, num mundo sem limites. (2007, p. 117-118).

É nesse enfoque que, primeiramente, deve ser entendido que “O adolescente, como o adulto, possui o Direito Fundamental de cometer atos infracionais e, comprovada sua responsabilidade, arcar com o ônus de sua resposta” (ROSA, 2006, p. 290). Ou seja, a partir do reconhecimento de sujeito de direitos com a doutrina da proteção integral, bem como em decorrência dos princípios informadores da socioeducação, o adolescente deverá ser responsabilizado por suas ações e omissões. A internação não pode ser encarada como uma forma de proteção do adolescente por meio da punição, sendo este o primeiro passo para que a socioeducação seja encarada como um instrumento jurídico e verdadeiramente científico.

É neste ponto que Mendéz enfatiza que o adolescente é e deve continuar sendo responsável por sua conduta típica, antijurídica culpável, não sendo possível nem conveniente difundir ideias baseadas numa suposta responsabilidade social, que pode vir a gerar a distorcida imagem que associa o adolescente com impunidade, o que contribuirá, sem dúvidas, ao retrocesso dos direitos conquistados aos adolescentes, bem como uma contribuição para a retomada da justiça com as próprias mãos, experiência altamente nociva e já experimentada no Brasil. Além disso, a assunção dessa responsabilidade do adolescente pode ser entendida como um postulado importantíssimo para que possa ter direito ao exercício da cidadania plena, esta indissociável da responsabilidade (2000, p. 9).

Outra questão de suma importância é a resolução quanto ao impasse acerca da natureza, conteúdo e finalidade da medida socioeducativa, principalmente em relação à internação, uma vez que, sem respostas para tanto, não há como alcançar seus fins (DA COSTA, 2006, p. 474). Assim é que Amaral e Silva propõe que do ponto de vista jurídico as medidas socioeducativas são ao mesmo tempo retributivas, repressivas e pedagógicas. A retribuição está presente na coercitividade da imposição da medida e sua aplicação devido à prática de um ato infracional, conduta juridicamente reprovável. Por outro lado, são pedagógicas porque têm em seus objetivos o caráter educativo do programa de atendimento, mas são eminentemente repressivas, já que visam prevenir e reprimir a prática de ilícitos. Necessárias, pois, a superação do olhar protetivo da medida e o reconhecimento de sua natureza repressiva, a fim de que sejam sempre impostas com a observância das garantias

básicas de toda pessoa humana, já que são medidas inegavelmente restritivas de direitos fundamentais, embora balizadas pelos princípios como da excepcionalidade e brevidade (2002, p. 7-8).

Para Costa é de estrita sabedoria o reconhecimento de um caráter sancionatório às medidas socioeducativas, já que são impostas coercitivamente ao adolescente unicamente pela prática de um ato infracional, além de serem inegavelmente aflitivas, principalmente na internação que vem a privar a liberdade do sujeito, embora o direcionamento da execução devia ser pautado predominantemente pela educação. Assim, avança-se no sentido de reconhecimento de uma responsabilidade penal juvenil como categoria jurídica, buscando-se um caráter pedagógico na execução, como regra e prioridade (2005, p. 79). Esse caráter pedagógico significa a busca pela educação e desenvolvimento saudável do adolescente submetido a uma medida socioeducativa, conteúdo este que deverá ser aplicado em razão da condição de pessoa em desenvolvimento e não pela situação de privação em que se encontra, já que este caráter deve permear toda a intervenção que se venha a ter no trato com crianças e adolescentes, mesmo nas situações nas quais não se esteja frente à resposta a um ato infracional.

Como já referido quando da análise das garantias previstas ao adolescente quando autor de um ato infracional, o ECA prevê medidas severas diante da prática de um ilícito, razão pela qual se importam do direito penal para o direito da criança e do adolescente os instrumentos formais e materiais à pretensão punitiva, não se contaminando de qualquer meio a fim de agravar a medida socioeducativa, tendo o adolescente a faculdade de opor-se a ela, já que é aplicada contra ele e não em seu favor. Assim, a medida socioeducativa deve ser compreendida a partir de seu sentido teórico, ou seja, a “certeza de lesão de um direito fundamental que comporta: o livre gozo do direito de liberdade” e não do ponto de vista de promoção humana, como uma medida boa para o adolescente (HAMOY, 2008, p. 307-308).

É a partir desses postulados que surge a necessidade de reconhecimento de um caráter penal à medida socioeducativa, o que não importa em trair a sua natureza ou finalidade, pois esse caráter é indissociável de qualquer tipo de pena aplicável ao descumprimento de uma regra ou lei, assim como na situação de um adulto, apesar de poder ser conciliada com a pretensão socioeducativa. Defender que a medida socioeducativa é sempre ruim por cercear a liberdade do indivíduo não anula a necessidade de humanizá-la e de tentar promover a educação quando de seu cumprimento. Implica, entretanto, reconhecer que a coerção sempre

deslegitimará o potencial educativo da medida, justamente por se tratar de um ideal otimista criado pelo mundo adulto, numa perspectiva diversa daqueles que sofrem o caráter aflitivo e punitivo da medida (HAMOY, 2008, p. 308-309).

Dentre essas afirmativas, o reconhecimento desse caráter de cunho penal à medida socioeducativa é um dos grandes postulados para o reconhecimento do adolescente como sujeito de direitos, já que permitiu o acesso e aplicação de direitos outorgados aos adultos, tais como conhecimento prévio da acusação, direito de impugnar todos os fatos e provas, direito de ser ouvido e sua palavra considerada, entre outros. Por outro lado, permitiu aferir a nocividade da privação de liberdade com o fim de proteger, cuidar e educar jovens, entendimentos que sempre legitimaram uma gama de arbitrariedades no trato com crianças e adolescentes, ou seja, reduziu-se o nível de discricionariedade, ou melhor, arbitrariedade, na aplicação das medidas que antes eram impostas em razão de um vago conceito de interesse superior e passaram a ser entendidas como sanções a serem aplicadas somente quando for possível e nas hipóteses estritamente previstas em lei (HAMOY, 2008, p. 309).

No mesmo sentido, é o posicionamento de Barbosa afirmando que o reconhecimento do caráter penal da medida socioeducativa traduz-se em ilimitados benefícios aos adolescentes, pois, ao mesmo tempo que garante os princípios do Estatuto, limita o poder exercido pelo Estado, sua atuação indiscriminada através do devido processo legal. Afora isso, garante que, apesar desse entendimento material da medida, sua finalidade deverá ser predominantemente pedagógica (2009, p. 51).

Veja-se, portanto, que essa finalidade pedagógica não é uma qualidade ou propriedade da medida, pois não há como justificá-la com um conteúdo meramente pedagógico, mas na necessidade de impor limites ao adolescente e dar segurança à sociedade. O caráter pedagógico é, na verdade, justificativa para o programa de execução das medidas, destinando-se ao atendimento das necessidades do adolescente (KOZEN, 2006, p. 353-354).

Assim, desfaz-se qualquer sentido da privação de liberdade com o fim de proteger o adolescente, uma vez que a medida de internação é, em sua essência, um “ato de ingerência estatal na esfera de autonomia do indivíduo”, pois se concretiza com a verticalização da vontade estatal sobre o adolescente, submetendo-o a uma medida privativa de liberdade independentemente de sua vontade, em suma, tolhendo-lhe o pleno exercício dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (COSTA, 2005, p. 80).

Ao se reconhecer, portanto, um caráter sancionatório da medida, não se estarão abrindo portas para o retrocesso, na ótica do regime da doutrina menorista ou mesmo buscando uma similitude com o regime de responsabilidade destinado aos adultos, mas, uma humanização da resposta jurídica, principalmente com a estrita observância e aplicação dos princípios basilares do ECA, gerando, por fim, a possibilidade de aumentar qualidade e quantidade da vida democrática do adolescente.

CONCLUSÃO

A sociedade é fonte de evolução para a legislação, motivo pelo qual o presente trabalho partiu por analisar a evolução no tratamento destinado às crianças e adolescentes, principalmente no Brasil. Foi necessária, para tanto, uma breve reflexão histórica para se chegar à atual fase de conhecimento. As primeiras formas de tratamento destinadas a essa categoria são marcadas pelo sigma da incapacidade, crianças e adolescentes tratados como meros objetos a serem tutelados pelo Estado, sendo o meio mais eficaz para alcançar este fim a segregação em instituições ditas especiais, as quais nada disso realmente tinham. É nesse panorama que o Estado assume a função paterna de zelar por aqueles menores que se encontravam em situação irregular, separando-os do restante da sociedade para que pudessem ser educados e ressocializados, esquecendo-se outrora de direitos e garantias reconhecidos aos adultos, sobretudo quando da apuração de um ato infracional.

O longo período marcado pela doutrina da situação irregular necessitava ser superado, pois aos poucos essa doutrina foi se mostrando incapaz de resolver todos os problemas que elegia como importantes e, mais ainda, para solucionar as novas questões que passariam a reclamar por respostas, já que a atuação estatal era precipuamente direcionada à contenção pela institucionalização, suprimindo garantias e direitos, operando uma reprodução da condição de exclusão social e marginalização.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura-se uma nova etapa em relação ao direito da criança e do adolescente, com a afirmação da doutrina da proteção integral, trazida por postulados internacionais, a qual, em 1990, seria reafirmada com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando dar efetividade aos direitos e garantias conferidos pela Constituição Republicana, principalmente em razão da condição de pessoa em fase de desenvolvimento. Tal revolução implicou inegavelmente um verdadeiro paradigma, rompendo com toda a produção doutrinária e legislativa até então alcançada às crianças e adolescentes, aos quais foi reconhecido o *status* de sujeitos de direitos e detentores de obrigações, responsabilidades previamente definidas no Estatuto.

Após a abordagem histórica que resultou na atual concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, imprescindível foi a análise quanto à responsabilização do adolescente por seus atos ilícitos. Num primeiro momento, verificou-se que o ECA prevê uma rígida separação entre a resposta do Estado diante de um fato criminoso de outras formas

de intervenção a situações não criminosas, o que é justificável diante da necessidade de um direcionamento das ações de acordo com as especificidades do caso concreto e da fase de desenvolvimento do sujeito, possibilitando a assistência integral e efetiva de crianças e adolescentes. Assim é que o Estatuto divide a forma de atuação em três segmentos; o primeiro estabelece os fundamentos da política pública para concretizar os direitos assegurados a todas as crianças e adolescentes, o segundo preocupa-se com as medidas protetivas e por fim, o terceiro grupo fixa uma atenção especial aos adolescentes e jovens em conflito com a lei. Tal separação das medidas em políticas públicas, protetivas e socioeducativas, além de proporcionar um direcionamento adequado das ações a serem adotadas, representa uma grande conquista, já que permite uma limitação do poder estatal, a fim de que não utilize de um discurso protetivo para colocar em prática mecanismos de controle social, traduzidos pela segregação institucional de forma indiscriminada.

Dessa forma, ao ser comprovada a prática de um ato infracional, o adolescente será responsabilizado a partir da normatividade prevista no ECA. Responderá de forma diferenciada em relação a um adulto em igual condição, porém esta diferenciação não implicará impunidade, já que o Estatuto prevê como resposta a prática de atos infracionais as medidas socioeducativas, podendo o adolescente, em determinados casos, ser privado de forma total de sua liberdade de locomoção, como ocorre com a medida de internação. Percebe-se, portanto, que entre as medidas socioeducativas a mais severa é a internação, haja vista que implica a institucionalização do adolescente e a obediência a regras previamente estabelecidas, sendo sua aplicação condicionada às regras constantes no Estatuto e sempre orientada pelos princípios da brevidade e excepcionalidade, além de observância da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Além disso, sua aplicação deverá estar pautada pela observância das garantias e princípios alçados aos imputáveis diante da prática de um crime, já que reconhecidos como sujeitos de direitos de igual modo que um adulto, sendo a observância daqueles direitos, condição básica para a pretensão punitiva estatal. É nesse sentido que o ECA preocupou-se em invocar e incorporar em seu texto as garantias e princípios previstos na Carta Magna e na lei processual penal, a fim de efetivar a proteção integral destinada aos adolescentes e também obstaculizar a reprodução de arbitrariedades existentes no período do antigo Código de Menores. Essas arbitrariedades que ainda vigoram nos dias atuais acabam por desconsiderar os princípios e regras garantidos pelo Estatuto e, em nome de uma falsa proteção, retrocede-se

nas conquistas alcançadas, reproduzindo a antiga prática da segregação através da institucionalização.

É nesse embate que surgem duas grandes correntes a defender a natureza da medida socioeducativa; de um lado, um direito penal juvenil e, do outro, uma perspectiva de direito da criança e do adolescente sociopedagógico, sendo mais perceptível seus fundamentos quando da análise da medida de internação. Ambas as concepções defendem a incidência aos adolescentes dos meios de defesa constitucionalmente assegurados, conquistados através das árduas lutas travadas ao longo da evolução e sustentam a necessidade da existência das medidas socioeducativas, porém as justificativas pautam-se por argumentos de extremo oposto, tornando-se inviável a não adoção de uma das posturas para a resolução do impasse se a privação de liberdade através da medida socioeducativa de internação configura-se como meio apto ou não a proteger o adolescente.

É nesse viés que se reconhece que a assunção de uma postura pedagógica, baseando-se no discurso protetivo, continua sendo utilizada como plano de fundo para perpetuar abusos, ou melhor, absurdos jurídicos, aplicando a adolescentes penas indeterminadas, baseadas na subjetividade e inexistência de limites claros e precisos, somente se mostrando útil para suprimir as garantias previstas na atual Carta Constitucional, no ECA e nos documentos internacionais. É imperioso o reconhecimento de que, enquanto o sistema socioeducativo for restrito aos adolescentes que cumprem medida pela prática de um ato infracional e a educação direcionada na execução da medida estiver sob a direção do Estado coator, será um sistema inegavelmente repressivo e nunca será protetor do adolescente, apenas da sociedade, já que a educação somente alcança-se pela implementação de políticas básicas e não pela aplicação de uma medida privativa de liberdade que advém como resposta de um ato infracional que violou um bem juridicamente protegido.

A partir dessas afirmativas, o reconhecimento de um caráter penal à medida socioeducativa é inerente a ela, já que a medida é imposta contra o adolescente, diante da verificação da prática de um ato infracional, sendo, portanto, inafastável seu caráter aflitivo e coercivo, assim como ocorre nas demais penas aplicáveis em razão do descumprimento de uma lei ou regra. Afora isso, a defesa de um caráter penal à medida possibilita o verdadeiro reconhecimento do adolescente como sujeito de direitos, tendo amplo e irrestrito acesso às prerrogativas previstas a toda pessoa humana que esteja sendo acusada da prática de um crime, bem como de coibir as arbitrariedades de aplicação da medida de internação em nome de um superior interesse pautado pela proteção, passando a ser aplicada somente em razão da

comprovação da prática de um ato infracional e de acordo com as regras previstas pelo Estatuto, orientadas, por fim, pela excepcionalidade da medida, brevidade e respeito à condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.

Portanto, é com o reconhecimento de que a proteção do adolescente não será alcançada através da institucionalização que poderá ser construído um direito socioeducativo verdadeiramente científico e de acordo com a complexidade da realidade envolvendo os adolescentes em conflito com a lei. Outrossim, percebe-se que o primeiro passo para a assunção dessa postura científica já foi alcançado, através da afirmação da doutrina da proteção integral e seus corolários, podendo o ECA ser elevado à condição de instrumento adequado e eficiente para garantir o respeito que o adolescente privado de liberdade, ou em vias de, merece.

Além disso, a assunção dessa postura afastando-se a ideia de proteção permite que novas modificações sejam introduzidas no direito da criança e do adolescente, não no sentido de aproximar a responsabilização do adolescente à de um adulto, mas de conferir maior efetividade e respeito às garantias elencadas, sendo a fixação de um prazo máximo de cumprimento da medida privativa de liberdade na sentença, uma das alterações que pode ser benéfica. Isso porque, sem a fixação desse prazo, o adolescente fica à mercê de critérios subjetivos pautados pelos laudos técnicos elaborados, podendo sua permanência na instituição ocorrer em situações desnecessárias, o que também é resultado de uma visão protetiva, mesmo que velada.

Igualmente, deixando de lado a ideia de proteção por meio da medida socioeducativa, também poderá ocorrer uma transformação da execução da medida de forma mais responsável, menos sujeita a interferências descabidas, com maior perspectiva de aproveitamento para o adolescente privado de liberdade, bem como para sua família; em suma, mais aproximada da razão de ser da medida, imposta somente pela prática de um ato infracional, do qual o adolescente é responsável e terá que arcar com as consequências, mas não se esquecendo de que o programa de execução será, por fim, educativo. O grande desafio, portanto, está nas mãos dos operadores jurídicos, os quais necessitam dar a verdadeira prioridade ao assunto, assim como estabelece a Constituição Federal, no sentido de conhecer melhor os aspectos jurídicos do direito da criança e do adolescente para se aplicar corretamente o direito posto, pois há instrumentos normativos para tanto.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **“Proteção” – Pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da “doutrina da situação irregular”**, 2002. Disponível em <http://www.abmp.org.br/textos/292.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimizabilidade penal. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (Unfpa) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. **A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil**, 2009. Disponível em: www.periodicos.uniban.br. Acesso em 3 maio 2012.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Dispõe sobre o Código de Menores**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 mar. 2012.

_____. Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2011.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 12 jul. 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n.n. esp., p. 6-8, out. 2003. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 21 set. 2012.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: Unesc, 2009.

_____. **Teoria da proteção integral: Pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**, 2008. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 22 mar. 2012.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. O trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

DA COSTA, Antonio Carlos Gomes. Natureza e essência da ação socioeducativa. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

DA COSTA, Antônio Carlos Gomes; MÉNDEZ, Emílio Garcia. **Das necessidades aos direitos**, 1994?. Disponível em: www.abmp.org.br/textos/5.htm. Acesso em: 01 maio 2012

DA SILVA, Roberto. 300 anos de construção das políticas públicas para crianças e adolescentes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p.115-125, 2000.

DE PAULA, Afonso Garrido. Criança, Adolescente e Jovem. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, p. 1-3, 2010.

DIGÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional: O procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A, p. 1088, 1999.

FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida sócio-educativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (Unfpa) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

HAMOY, Ana Celina Bentes (Org). **Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social**. Belém: Movimento República de Emaús; Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-EMAÚS), 2008. Disponível em: <http://www.movimentodeemaus.org/data/material/direitos-humanos-e-mse.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2011.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo. Noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KOZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Pertinência socioeducativa**: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 21-89, 2005.

_____. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (Unfpa) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, Cesar Barros. **O ato infracional e a justiça da infância e juventude**, 2000?. Disponível em: www.abmp.org.br. Acesso em: 03 out. 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1998 e no Estado da Criança e do Adolescente. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

MADERS, Angelita Maria. Execução das medidas sócioeducativas. **Centro de Estudos da Defensoria Pública do Estado Cedep**. Porto Alegre: Editare, p. 33-39, maio, 2002.

MALVASI, Paulo Artur. **Entre a frieza, o cálculo e a "vida loka"**: violência e sofrimento no trajeto de um adolescente em cumprimento de medida socioeducativa. 2010. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 06 out. 2011.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95-99, 106-107.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Adolescentes e responsabilidade penal**: um debate latino americano, 2000. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id114.htm>. Acesso em: 13 ago. 2011.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (Unfpa) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

PIMENTEL, Rafael Fernandes. Ato infracional e medidas sócio-educativas: uma leitura criminológica. **Diké-Revista Jurídica do Curso de Ciências Jurídicas da UESC**. Ilhéus: Uesc, p. 139-150, 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 26-41, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70048540447**, da 7ª Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 25 de julho de 2012. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70048206155**, da 8ª Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 05 de julho de 2012. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70032974024**, da 7ª Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 10 de agosto de 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agamben). In: Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Associação Brasileira de Magistrados e Promotores para a Infância e Juventude (ABMP) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) (Org.) **Justiça, adolescente e ato infracional**. 2006. Disponível em: <http://www.ilanud.org.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____, Alexandre Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

_____. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Janine Borges. **A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil**: Uma breve reflexão histórica. Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm. Acesso em: 22 mar. 2012.

TEJADAS, Silvia da Silva. **Juventude e ato infracional**: as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Sistema de justiça da infância e da juventude: construindo a cidadania e não a punição. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos. v. 2, n. 5, p. 103-120, 2005. Disponível em: www.periodicos.ufsc.br. Acesso em: 03 out. 2011.

_____. Crianças e Adolescentes vítimas: Violência gerada por quem? **Sequência**: estudos jurídicos e políticos. v. 17 n. 33, p. 42-52, 1996. Disponível em: www.periodicos.ufsc.br. Acesso em: 03 out. 2011.

_____. O acesso à cultura, informação e entretenimento e as medidas de prevenção previstas no estatuto da criança e do adolescente. **Sequência**: Estudos jurídicos e políticos. v. 30 n. 59, p. 299-326, 2009. Disponível em: www.periodicos.ufsc.br. Acesso em: 03 out. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.