

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35350-introdu-o-aos-princ-pios-b-sicos-do-direito-penal-juvenil>

Autore: Bruno Rotta Almeida

Introdução aos princípios básicos do Direito Penal juvenil

INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL JUVENIL

Bruno Rotta Almeida¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Adolescente e o crime: algumas notas iniciais. 2.1 *Entre os indícios púberes e o desenvolvimento físico e psíquico: a atmosfera incerta da adolescência dentro de um universo jurídico.* 2.2 *Aspectos sobre a criminalidade juvenil.* 3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o *Jus Puniendi*: um entrelace com o Direito Penal. 4 Sistema de Garantias. Os princípios básicos do Direito Penal Juvenil. 4.1 *Sistema de Garantias: notas introdutórias sobre o garantismo penal.* 4.2 *Os princípios básicos do Direito Penal Juvenil*
5 Conclusão. Referências bibliográficas

Resumo

O artigo pretende introduzir alguns princípios que são fundamentais para o denominado *Direito Penal Juvenil*. Para tanto, estudamos alguns elementos sobre a relação do adolescente com a criminalidade. Após, apontamos a identidade entre o panorama jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal. E, por fim, examinamos alguns princípios que entendemos ser relevantes para a compreensão do Direito Penal Juvenil perante o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil. Princípios. Sistema de Garantias.

Abstract

The article intends to introduce some principles that are fundamental to the called Juvenile Criminal Law. We studied some elements of the relationship with the teenage crime. After, we point out the identity of the legal landscape of the Statute of Children and Adolescents and the Criminal Law. And finally, we examine some principles that we believe is relevant for understanding the Juvenile Criminal Law before the Democratic State.

Key words: Juvenile Criminal Law. Principles. System of Guarantees..

1 Introdução

¹ Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Membro estudante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUCRS. Pesquisador do Grupo de Iniciação à Pesquisa na Universidade Federal de Pelotas – UFPel. Coordenador do projeto de pesquisa 'A Construção do Pensamento Jurídico-Penal Brasileiro: Punição, Criminalização e Violência', cadastrado junto à UFPel. Lecionou Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal na UFPel e na Universidade Católica de Pelotas - UCPel. Bolsista CAPES. E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br

Se pensarmos em uma trajetória normal da vida, encontraremos um espaço de tempo que talvez seja o mais problemático, um espaço que é difícil de explicar; semelhante a qualquer outro do qual não lograremos identificar seu verdadeiro fim: trata-se da adolescência. Período de vida em que o operador do direito deve destinar seu saber para mais bem compreender esse fenômeno de transição do ser humano, a fim de melhor adequar sua abordagem no plano legislativo, bem como para melhor aplicar seu conhecimento no desenrolar da concretude casual.

A concepção da importância dos princípios tem como escopo dar uma configuração ao Direito Penal Juvenil. A atenção a esses postulados, os quais referem o início de tudo, faz-se cada vez mais importante, levando-se em conta a reiterada desobediência que encontramos em muitas situações do nosso cotidiano. Tanto a aplicação de garantias peculiares à criança e ao adolescente, quanto à incidência de garantias processuais dispostas nas legislações de matéria penal, tornam a sistemática jurídica juvenil mais plausível e congruente com o modelo de Estado Democrático de Direito existente em nossa realidade.

Para tanto, no primeiro capítulo, traçamos alguns pontos sobre a relação do adolescente com a criminalidade, localizando o período da adolescência no plano jurídico, além de elencar alguns vetores que podem contribuir ao conhecimento do fenômeno da criminalidade juvenil. Em um segundo momento, apontamos a identidade estabelecida entre o panorama jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal, dentro de uma incidência do poder punitivo estatal. Após, examinamos, a partir da ideia de Sistema de Garantias, alguns princípios que entendemos ser relevantes para a compreensão do Direito Penal Juvenil perante o Estado Democrático de Direito. Ao final, concluímos o ensaio, assinalando nossas finais considerações sobre a temática proposta.

2 O Adolescente e o crime: algumas notas iniciais

A adolescência corresponde a um intervalo que começa com os primeiros sinais da puberdade e posterior desenvolvimento do corpo e das faculdades morais e intelectuais; um intervalo em que é possível identificar seu início, mas complexo em demasia quando se pretende estabelecer seu fim. Ainda mais se levarmos em conta que os jovens do sexo feminino têm sua maturidade sexual geralmente um ou dois anos antes dos jovens do sexo masculino. Adentrando ao universo jurídico, e no que tange à responsabilidade penal, a adolescência está compreendida entre os 12 e os 18 anos, ou seja, este último é o limite jurídico desse período da vida. Acima disso, sendo o indivíduo entendido como adulto, suas atitudes, caso venham ofender certo

interesse tutelado pelo Estado, receberão deste outra dinâmica jurídica, com uma determinada e acentuada medida de responsabilização.

Dessa forma, anotamos a seguir algumas palavras em relação ao que se entende por adolescência, identificando a complexidade do assunto. Posteriormente, traçamos certos aspectos de contato entre o jovem e o crime, apontando vetores dos quais poderiam explicar esse terreno desviante.

2.1 Entre os indícios púberes e o desenvolvimento físico e psíquico: a atmosfera incerta da adolescência dentro de um universo jurídico

Como bem colocado por Sérgio Salomão Shecaira, na apresentação de sua obra *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*, estudar um período de vida do qual não se sabe ao certo quando se inicia e termina, traz para o jurista uma indefinição, fazendo com que os intentos transitem por “terrenos minados”.² Lembrando ainda que cabe a esse mesmo jurista a medida de imputação da responsabilização. De qualquer forma, somente transitando por esses terrenos minados é que podemos compreender melhor esse ciclo de vida tão estudado e ao mesmo tempo tão vazio de respostas.

Adolescer é entrar na juventude, crescer como pessoa, desde o desenvolvimento físico até o psicológico. Para crescer, precisa-se caminhar com as próprias pernas, largar a infância, quando tudo se aceita, e passar a se existir na idade adulta, em que as restrições sociais são mais assinaladas.³ Nem sempre essa fase de transição constitui tempo suficiente para que a maturação mental acompanhe o desenvolvimento físico. Assim, sendo o fim da adolescência tão difícil de definir, é também o início da fase adulta longe de qualquer ilustração.

Observamos, na atualidade, a existência de uma *adolescência tardia*, a qual abrange aqueles que mesmo não estando na faixa entre os 12 e 18 anos não se incorporaram à vida adulta. São os chamados “jovens adultos”, pois embora tenham deixado a adolescência no sentido orgânico, ainda não conseguiram uma maturidade e autonomia pessoais suficientes de uma inserção social no mundo adulto. Essa situação é retrato talvez da pós-modernidade, a qual alterou as características do que se entende por adolescer, em razão do aumento progressivo do período de formação escolar, a competitividade no mercado de trabalho e, por conseguinte, a

² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 10.

falta de oportunidades aos recém formados. Tais ocorrências acabam por criar uma condição de “adolescer mais velho”, ainda dependente da família e incapaz de decidir seu futuro.⁴

O direito brasileiro⁵ estabelece a imputabilidade penal a partir da idade de 18 anos completos, destinando ao desviante com idade inferior a 18 anos um tratamento especial pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal sistemática segue a tendência mundial a respeito do Direito da Criança e do Adolescente indicado pela Organização das Nações Unidas, conhecendo tais pessoas como sujeitos de direitos, dentro de uma doutrina da proteção integral, além de ser uma prioridade absoluta das políticas públicas.⁶

De acordo com João Batista Costa Saraiva, a abrangência da adolescência no que tange à legislação deve condizer com uma clara noção da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a correlativa responsabilidade juvenil que disso provém. E essa percepção tem de estar exatamente no meio de dois extremos bem definidos: de um lado, o paternalismo tolo, que apenas identifica o jovem infrator como vítima de um sistema excludente, em uma leitura tão-somente tutelar; de outro lado, o retribucionismo falso, que conceitua o jovem desviante como o carrasco da sociedade, em uma aproximação à noção de Direito Penal Máximo.⁷

2.2 Aspectos sobre a criminalidade juvenil

No período de vida denominado adolescência, há uma dupla tarefa psicossocial nesse momento da vida, em que mudanças biológicas, psicológicas, como também o papel que irá ocupar na sociedade, fazem com que esse ser, com personalidade em desenvolvimento, deixe de ser o que era (uma criança) e ainda não seja o que virá a ser posteriormente (um adulto): a separação da família e a formação de um conceito de si.⁸ Consoante o mesmo autor, “a adolescência é mais do que a fase intermediária entre a infância e a idade adulta, é o momento de culminância do mecanismo de fixação da identidade da personalidade humana.”⁹ A busca por

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 12 ss.

⁵ Sobre a evolução histórica no direito brasileiro do aspecto da juventude, veja: SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; entre outros.

⁶ SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

⁷ SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 103.

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

essa identidade, o obcecado intento de demonstrar sua virilidade faz do jovem um infrator de bagatelas, participação em gangues, brigas, agressões em festas, pichação de muros, bebedeiras, prática de rachas etc. Atitudes que expressam uma afirmação pessoal (exibição machista e ingênua) para a entrada na idade adulta. Contudo, elas não correspondem, estritamente, a uma gênese da criminalidade futura do adulto.

Por outro lado, a globalização tem um importante papel no mundo vago da moral e da ética contemporâneas, em que a única finalidade nos dias atuais é o lucro e o sucesso pessoal; praticamente eliminou os sentidos da solidariedade. No mesmo sentido, encontramos a crise do controle social informal, aqueles instrumentos que provocam certos padrões de conduta, revelando, implicitamente, uma forma difusa de controle social.¹⁰ A família, a escola, a igreja, os partidos políticos, os sindicatos e as associações de bairros deixaram de produzir seus papéis na sociedade. Shecaira elucida claramente a situação de muitos jovens brasileiros:

Para milhões de pessoas, tendo abandonado as escolas, e com o natural ocaso das autoridades, com altíssimos índices de desemprego na idade de maturidade laborativa, habitando em condições desumanas em favelas e cortiços de grandes cidades, furtar, vender drogas, agir violentamente é um pequeno passo.¹¹

A procura por uma causa de determinada consequência sempre é difícil (senão uma procura utópica). O que muitos autores fazem é elencar algumas circunstâncias e teorias que poderiam ser entendidas como vetores da criminalidade juvenil. O que faremos é justamente isso: assinalar algumas situações e doutrinas que podem contribuir para tanto.

O professor Shecaira, sobre as explicações que podem ser invocadas para explicar a criminalidade juvenil, sugere uma temática de estudo em três planos: individual, micro-sociológico e macro-sociológico. No nível individual estão aspectos motivacionais, o estudo da personalidade, bem como fatores bio-psicológicos. No nível micro-sociológico estão os modos de interação entre grupos e indivíduos, o comportamento dos jovens em relações com eles mesmos, assim como o papel da igreja, da família e da escola. Por fim, o nível macro-sociológico está o estudo dos sistemas sociais, culturas ou subculturas as quais produzem determinados tipos de delitos.¹²

Sobre os fatores individuais e micro-sociológicos, o autor descarta, de antemão, a hereditariedade como vetor da criminalidade dos jovens. A influência é crucial devido ao processo de aprendizagem do indivíduo, e não por uma razão simplesmente fisiológica. A

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.60 ss.

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

¹² Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 114 ss.

respeito da personalidade do autor, não podemos abandonar que a criminalidade juvenil pode estar relacionada a uma busca de novas sensações, com a conseguinte ocorrência do ato delituoso. O *status* que o jovem pode alcançar, a auto-estima e a virilidade dadas pela convivência em grupos criminosos são proveitos simbólicos não achados em outros ambientes sociais. Ainda no mesmo nível, a *família* é um dos principais vetores da criminalidade juvenil. Ela exerce demasiada ingerência na transmissão de padrões de conduta, além de ser crucial para a formação da personalidade. Assim, as origens da conduta violenta muitas vezes encontram suas origens nos experimentos da infância. Até mesmo em famílias estruturadas, em que há ausência de regras e de controle, além de falta de coerência na fixação dos padrões familiares de conduta, podem se verificar indícios de um eventual futuro acostamento à criminalidade. A *escola*, igualmente à família, é muito importante para a formação da personalidade do jovem. Porém, quando se constata defeitos de escolarização, pesquisas demonstram a aproximação dos jovens com grupos relacionados à criminalidade. Uma forma peculiar de violência escolar está sendo muito comentado na atualidade: o *bullying*. Trata-se de comportamentos negativos (ofensas físicas, ameaças, isolamento, insultos etc.) que se reiteram no tempo, podendo ocasionar a perda de auto-estima de quem sofre (vítima), levando esta criança ou jovem a enveredar para grupos violentos que possam servir de proteção. Como colocado anteriormente, os *meios de comunicação*, com seus programas jornalísticos dotados de violência, assim como filmes brutais e sanguinários, influenciam no campo da criminalidade juvenil, ainda mais se lembrarmos que a personalidade do jovem está em formação, sendo mais flexível aos influxos do meio.

In fine, no nível dos fatores macro-sociológicos, Shecaira aponta quatro teorias que podem vir a contribuir no entendimento sobre a criminalidade juvenil: a teoria do controle, a teoria da desviação cultural, a teoria da tensão e a teoria ecológica. Para a *teoria do controle*, supõe-se que a ação delitiva provém de um vínculo débil ou interrompido entre o jovem e a sociedade. Assim, o vínculo de afeto entre o adolescente e seus genitores, professores e amigos atuam como um significativo mecanismo de empecilho contra o delito. Conforme a *teoria da desviação social*, a delinquência juvenil é fruto do conformismo em razão de um sistema de cultura em conflito com aqueles da sociedade em geral. Dessa forma, muitos jovens, por não terem possibilidades de se integrar a um sistema de valores de uma classe dominante, tentam solucionar esse impasse unindo-se a um grupo subculturalmente definido, os quais se vêm reconhecidos e apoiados por outros integrantes. Outra doutrina é a *teoria da tensão*, em que as causas da criminalidade não estariam na pessoa do jovem ou na família, mas nas definidas estruturas sociais que dificultam as oportunidades verdadeiras; em todo momento que um possível progresso for barrado, existirá uma tensão que poderá ocasionar na conduta delitiva. A

última proposição apontada diz respeito à *teoria ecológica*, a qual o fenômeno da criminalidade incide diferentemente sobre as pessoas, conforme seu lugar de moradia; a dessemelhante e injusta distribuição de recursos (hospitais, creches, praças, delegacias etc.) nas cidades dos países subdesenvolvidos acaba por instituir zonas de risco social intenso. Tal desenho urbano pode influenciar no comportamento do jovem, podendo resultar no cometimento do ilícito.¹³

Além desses vetores que podem ser explicativos no sentido de tentar alcançar as causas da criminalidade na adolescência, encontramos outro que realmente tem forte incidência ao encaminhar o jovem para o mundo do crime: as drogas. Hoje, as drogas são senão a principal causa de inserção do jovem ao terreno da criminalidade. Pior ainda, elas estão em todos os lugares: na periferia, no centro, nas festas noturnas, e até mesmo na escola. Além disso, abrangem todas as classes sociais, desde os mais ricos até os mais pobres. Todos têm acesso às drogas. Sem dúvida é um dos principais males da sociedade atual entre os adolescentes. De modo a identificar a relação entre o uso de drogas e a prática de atos infracionais, uma pesquisa realizada em Pelotas, no ano de 2008, observou que de um total de 34 adolescentes do sexo masculino que cometeram ato infracional e estavam internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Regional de Pelotas, 27 deles (79%) já fizeram uso de drogas; destes 27, um total de 21 faz uso diariamente.¹⁴ Tal investigação só vem ratificar o influxo do uso de drogas entre jovens infratores.

Depois de apontados alguns fatores que podem ser entendidos como causas da criminalidade juvenil, torna-se necessária a abordagem do panorama jurídico trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como sua relação com o Direito Penal, o que faremos no item subsequente.

3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o *Jus Puniendi*: um entrelace com o Direito Penal

A política de acolhimento aos direitos da criança e do adolescente, no que diz respeito ao jovem autor de ato infracional, deve estar compreendido dentro dos princípios da Convenção

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 123 ss.

¹⁴ A fim de um maior aprofundamento, indicamos a excelente pesquisa de campo da então acadêmica de direito e hoje advogada Isabel Issler Ferreira de Araujo: ARAUJO, Isabel Issler Ferreira de. O uso de droga e suas implicações na prática de atos infracionais. In: PASSOS, José Olavo Bueno dos (org.). Infância e juventude: uma prática em construção II. Pelotas: EDUCAT, 2008.

Internacional Sobre os Direitos da Criança (art. 40); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e da Juventude (Regras de Beijing – Regra 7); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (Regra 2); a Constituição Federal Brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). A partir de todos esses tratados e diplomas legais, a sistemática jurídica em relação ao jovem assume uma conjuntura de significativas garantias, das quais o poder público não pode renunciar. Dentre várias, destacamos as seguintes: é expressamente proibida a detenção de adolescente de forma arbitrária (art. 106, ECA); é garantido ao adolescente o pleno conhecimento da atribuição de ato infracional, por meio de citação ou meio equivalente (art. 227, CF/88; e art. 111, I, ECA); é guardado o direito de confrontar-se com vítimas e testemunhas, como também produzir provas necessárias para sua defesa (art. 111, II, ECA); há o direito à defesa técnica por profissional habilitado, ou seja, advogado (art. 227, CF/88; e art. 111, III, ECA); garantia à assistência judiciária gratuita e integral para os necessitados (art. 111, IV, ECA); o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art. 111, V, ECA); a garantia de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art. 111, VI, ECA).

Segundo Karyna Batista Sposato, o modelo jurídico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente está atinente a uma ideia de responsabilidade; é um *sistema penal paralelo para adolescentes*, calcado no conceito jurídico da inimputabilidade.¹⁵ Para a mesma autora, a ocultação do caráter penal do sistema gerado pelas legislações sobre os jovens beneficiou o arbítrio e a criminalização dos menores das classes mais populares, constatando um elemento característico do universo penal, ou seja, a seletividade dos sistemas penais, incidindo sempre sobre os mais vulneráveis e menos competitivos no mercado.¹⁶ Não olvidamos que para a aplicação do Estatuto, considera-se a idade do menor na data do fato, sem importar se ele venha a receber a medida sócioeducativa após adquirida a maioridade penal (18 anos), ou a complete no decorrer do cumprimento da medida.

Com o escopo de demonstrar a aproximação ao poder punitivo estatal, conceituamos, dentro de um contexto de responsabilidade, as denominações do Estatuto da Criança e do Adolescente referentes ao ato infracional e às medidas socioeducativas aplicáveis.

De acordo com o artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” Como se observa do dispositivo citado, a equivalência com o conceito de crime ou contravenção penal é evidente. Sendo assim: “significa dizer que o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora

¹⁵ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

¹⁶ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional.”¹⁷

Por conseguinte, não se admite no direito nacional a imposição de medida socioeducativa sem existir uma conduta relacionada a crime ou contravenção. Dessa forma, “se todo crime quando praticado por um adolescente é ato infracional e o mesmo vale para toda contravenção penal, tem-se que ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção), antijurídica e culpável (punível/reprovável).”¹⁸ E não existindo a tipicidade, a antijuridicidade (ou ilicitude) e culpabilidade na realização da conduta não há que pensar em aplicação de medida socioeducativa. De igual forma, “há que se ter mente o conceito de crime (ato típico, antijurídico e culpável). Na sendo antijurídico, não será a conduta típica crime e, não sendo a conduta típica crime, também não será ato infracional.”¹⁹ No mesmo sentido é o pensamento de Shecaira:

Está conformando o chamado Direito Penal Juvenil, modalidade de um Direito Penal especial. Normas particulares são adotadas, o que diferencia uma modalidade de outra. Mas muitas identidades estão presentes, sendo a primeira delas a identificação do ato infracional com os crimes e as contravenções. Se não houvesse um sistema especial de tutela da liberdade previsto constitucionalmente, totalmente identificado com o Direito Penal, não existiriam parâmetros para a persecução penal juvenil.²⁰

Após a verificação do ato infracional, as medidas serão aplicadas de acordo com a característica da infração, circunstâncias sociofamiliar e disponibilidade de programas e serviços, conforme dispostas no item a seguir. É interessante frisar que somente serão responsabilizados pelo Estatuto aqueles jovens que tiverem entre 12 e 18 anos. Às crianças infratoras com menos de 12 anos, conforme o artigo 105, do Estatuto, caberá a aplicação das medidas dispostas no artigo 101 do mesmo diploma. Assim, no caso das crianças, incumbirá ao Conselho Tutelar verificar qual a medida mais ajustada ao fato concreto, entre as chamadas medidas de proteção.

Para muitos autores, a medida socioeducativa possui natureza penal. Conforme Sposato, a citada medida “representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade.”²¹ Também para Mario Volpi as medidas socioeducativas têm aspectos de natureza coercitiva, uma vez que punem os infratores, além de aspectos educativos no sentido de proteção integral e oportunização, assim como do acesso à formação e informação. Ele lembra que em cada medida esses elementos apresentam graduação

¹⁷ CURY, Munir (coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 361.

¹⁸ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113.

¹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78.

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

²¹ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

de acordo com a gravidade do delito cometido ou sua reiteração.²² As medidas socioeducativas estão elencadas, de modo taxativo e em total respeito ao preceito da legalidade, no artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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 semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

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

Como pode se verificar, as medidas dividem-se em *não privativas de liberdades* (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e *privativas de liberdade* (semiliberdade e internação). Além dessas medidas, o Estatuto prevê, nos artigos 126 e 128, o instituto da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo, gerando o perdão puro e simples quando a infração cometida é leve e o adolescente é primário. Salvo o caso de remissão propriamente dita (que não se inclui à lista das medidas socioeducativas) todas as medidas devem ser aplicadas pelo magistrado.²³ Na sequência, indicaremos algumas características das medidas destinadas aos adolescentes, expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A *advertência* é a sanção menos grave de todas, mas não deixa de ser uma sanção. Trata-se de uma medida admoestatória, informativa, formativa e imediata, a qual é executada pelo Juiz da Infância e Juventude.²⁴ A advertência deverá ser reduzida a termo e assinada pelas partes. Como toda medida socioeducativa, a fim de ser imposta deve ser precedida de representação do Ministério Público, assim como de instrução contraditória. Consoante bem lembrado por Macedo, “não se pode ignorar que o ato de advertir contém conteúdo sancionatório e, quando externada, a advertência representa um ato de autoridade como forma de controle social.”²⁵ E o modo que vem a amedrontar se revela justamente na leitura do ato infracional e da decisão, na presença dos pais ou responsáveis legais, na medida em que o caráter pedagógico é real a fim de evitar a reincidência.²⁶

²² VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 20.

²³ Conforme a Súmula 108, do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz.”

²⁴ Cf. VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 23.

²⁵ MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. O adolescente infrator e a imputabilidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 148.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 196.

A segunda medida prevista é a *reparação do dano*, a qual se faz a partir da restituição do bem, do ressarcimento ou compensação da vítima. Possui características coercitivas e educativas, fazendo com que o adolescente venha a reconhecer o erro e assim repará-lo. A responsabilização pela reparação do dano é somente do jovem infrator, sendo intransferível e personalíssima. Para os casos em que exista alguma necessidade, sugere-se a aplicação conjunta de medidas de proteção (art. 101, ECA).²⁷ A medida poderá ser substituída por outra mais adequada, caso provenha de manifesta impossibilidade de aplicação. Assim, deve o juiz, na aplicação da medida, atentar ao critério da capacidade do adolescente para cumpri-la.

Consoante disposto no artigo 107, do Estatuto, a medida de *prestação de serviços à comunidade* versa sobre a realização de tarefas de forma gratuita e de interesse geral, oferecidas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e programas comunitários e governamentais. Conforme Shecaira, “trata-se no ordenamento penal, assim como na legislação juvenil, daquela que deve ser a principal alternativa às penas institucionais ou, no caso dos adolescentes, às medidas sócio-educativas de internação.”²⁸ Para a fixação da medida, devem ser averiguadas as capacidades pessoais, bem como consideradas as regras estabelecidas para o trabalho do adolescente, evitando-se atividades e lugares onde possam ser danosos ao seu desenvolvimento físico e moral.

A *liberdade assistida* é a mais grave entre as sanções relacionadas à restrição de direitos dos jovens. Quando necessitado o acompanhamento da vida social do adolescente essa medida se constitui numa sanção coercitiva. Conforme Mario Volpi, sua intervenção educativa está na relação entre o acompanhamento personalizado e a garantia de alguns aspectos, dentre os quais: proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, frequência à escola, e inserção no mercado de trabalho ou em cursos profissionalizantes e formativos.²⁹ Segundo Shecaira, é fundamental que os programas, comunitários e assistenciais, sejam capazes de produzir um eficaz acompanhamento nas atividades do adolescente, pois, do contrário, a liberdade assistida poderá se tornar até mesmo a porta de entrada para o regime institucional,³⁰ uma vez que há possibilidade de substituição do regime para a internação caso haja descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta (art. 122, ECA).

A *semiliberdade* está situada entre a internação e as medidas de meio aberto (não privativas de liberdade). Conforme Macedo, ela consiste em abrigar aquele jovem infrator que não se enquadra nas possibilidades de internação, bem como aplicável aos casos de transição de

²⁷ VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 23.

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

²⁹ VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 24.

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 201.

regime de internação para o meio aberto.³¹ Essa medida possui aparência coercitiva na medida em que afasta o adolescente do convívio familiar e da comunidade de origem. Entretanto, ao limitar sua liberdade, não o priva totalmente do seu direito de ir e vir. Do mesmo modo que na internação, os aspectos educativos se fundamentam na oportunidade de acesso a serviços, organização da vida cotidiana etc. Assim, conforme Volpi, “os programas de semiliberdade devem, obrigatoriamente, manter uma ampla relação com os serviços e programas sociais e/ou formativos no âmbito externo à unidade de moradia.”³²

Conforme o enunciado do artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “o regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independente de autorização judicial.” Essa configuração demonstra uma semelhança bem próxima ao regime progressivo de cumprimento de penas, previsto no Código Penal. Portanto, de acordo com Sposato, a semiliberdade parece combinar com o Instituto Penal Agrícola, Industrial ou similar, ou ainda com a Casa do Albergado, que se dedicam à execução de penas privativas de liberdade em regime aberto, conforme os artigos 33 do Código Penal e 91 e 93 da Lei de Execução Penal.³³

Para Shecaira, a importância da semiliberdade está na questão que a reinserção social deve acontecer de forma gradativa, pois a evolução do quadro do jovem, no cumprimento da internação, pode ser avaliada de modo gradativo com a ajustada progressão do regime. Esse regime será, então, um tipo de teste para o adolescente que pretende avançar no processo de socialização.³⁴

A medida de *internação* é a mais grave de todas as sanções previstas no Estatuto. Ela incide sobre os adolescentes que cometem atos infracionais graves, possuindo significativa conotação coercitiva e educativa, sendo cumprida em estabelecimentos exclusivos para adolescentes, e obedecendo a uma separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. A seguir, a dicção do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

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

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

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

³¹ MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. O adolescente infrator e a imputabilidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 155.

³² VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 26.

³³ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

³⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 204.

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

§5.º A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

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

Falar em internação corresponde a um programa de privação de liberdade, em que a contenção e submissão do adolescente a um sistema de segurança são condições para que a medida socioeducativa seja cumprida. Dessa forma, a contenção não é em si a medida socioeducativa, senão a condição para que ela seja aplicada.³⁵ Além disso, como uma medida rigorosa, apenas pode ser imposta depois de um processo em que foi exercido o contraditório e a ampla defesa, quando existirem provas suficientes da autoria e da materialidade, e também quando nenhuma outra medida possa ser aplicada no seu lugar (destacamos aqui a noção de necessidade e *ultima ratio*).³⁶ Dessa forma, a medida de internação somente pode ser aplicada nos casos previstos no artigo 122, do Estatuto: grave ameaça ou violência à pessoa no cometimento do ato infracional; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável de medida antes imposta. Dado o princípio da legalidade, esta disposição é taxativa.

O artigo 121, do Estatuto, indica ainda a existência de três princípios: da brevidade; da excepcionalidade; e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para Sposato, “a ideia de brevidade decorre de mandamento constitucional e pressupõe que a intervenção punitiva institucional deve ser cumprida pelo menor tempo possível.”³⁷ Já o princípio da excepcionalidade refere que a medida de internação deve ser a última alternativa a ser adotada, apontando para uma espécie de subsidiariedade; incide sobre a discricionariedade judicial do processo de conhecimento (da apuração do ato infracional até a imposição da medida socioeducativa).³⁸ O respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento³⁹ está atinente à imperativa individualização da medida em acolhimento aos caracteres pessoais do jovem e à sua aptidão de desempenhar a determinação judicial, de modo que o cumprimento da internação acolha às exigências de acompanhamento personalizado.⁴⁰

Por fim, todos os demais direitos e garantias previstos aos adolescentes sujeitos à medida de internação (art. 124, ECA) têm como objetivo favorecer sua recuperação plena e

³⁵ VOLPI, Mario (org.). O adolescente e o ato infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 28.

³⁶ MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. O adolescente infrator e a imputabilidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 156.

³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

³⁸ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

³⁹ Princípio examinado no item 3.2.7 deste ensaio.

⁴⁰ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134-135.

reinserção social, considerando o jovem como um ser em desenvolvimento com capacidade de repensar seus atos e direcionar novamente o sentido de sua vida.

4 Sistema de Garantias. Os princípios básicos do Direito Penal Juvenil

Em decorrência do entrelace entre a sistemática jurídica disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal, é imprescindível o respeito aos princípios norteadores do chamado Estado Democrático de Direito. São garantias que, a partir da sua existência, afastam a conjuntura estatal de uma arbitrariedade sem pudores e limites. Inicialmente, destinaremos alguns traços de modo a demonstrar o terreno das garantias, para após enumerarmos os princípios aplicáveis ao Direito Penal Juvenil.

Dentro de um contexto compreendido por diplomas que versam sobre garantias irrenunciáveis no modelo de Estado contemporâneo, como a Constituição Federal de 1988, tratados internacionais e legislações relacionadas ao segmento juvenil, aponta-se para a doutrina que muitos chamam de *proteção integral*. Nesta concepção, todas as convenções assinadas pelo Brasil, somadas à legislação interna, em um modelo coerente e equilibrado de respeito à Constituição, indicam a importância de todas as garantias previstas para a criança e o adolescente. Dessa forma, faremos uma breve introdução sobre a importância de uma conjuntura garantista; após, indicaremos os princípios os quais acreditamos conservarem certa relevância no estudo do chamado *Direito Penal Juvenil*.

4.1 Sistema de Garantias: notas introdutórias sobre o garantismo penal

A noção de Sistema de Garantias está intimamente vinculada à contribuição de Luigi Ferrajoli, obra que o autor explora, com notória autoridade, princípios fundamentais em um Estado Democrático de Direito e Constitucional. Os postulados apontados pelo doutrinador, sobre os quais se funda o modelo garantista clássico (como a legalidade estrita, a materialidade, a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência), são, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Constata-se que os princípios mencionados, tais como se consolidaram nas constituições e codificações modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário. Entretanto, para Ferrajoli, a unidade desse sistema depende do fato de que

os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e,

portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.⁴¹

Em poucas palavras, o modelo penal garantista é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva. A partir de Ferrajoli, da palavra *garantismo* é possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si.⁴² Primeiramente, garantismo designa um modelo normativo de Direito, isto é, de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão. Em um segundo significado, garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas; por outro lado, é uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no Direito.

Como terceiro significado, garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e também do Estado o gravame da justificação externa baseado nos bens (interesses) dos quais a tutela ou a garantia constituem como finalidade. Por fim, vejam-se os dez axiomas básicos do garantismo: *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); *nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); *nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa); *nulla culpa sine judicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo penal); *nullum judicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas); *nulla probatio sine defensione* (não há provas sem o contraditório e ampla defesa).

A partir dessas poucas palavras sobre o garantismo traçado por Ferrajoli, a aplicação de um Sistema de Garantias dentro da sistemática jurídica da criança e do adolescente é inevitável, levando-se em conta a já abordada relação com os influxos do *jus puniendi*.

4.2 Os princípios básicos do Direito Penal Juvenil

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.38.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.787 ss.

Em outro momento, tivemos a oportunidade de expressar a importância do estudo dos princípios penais frente ao modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo nosso país. Demonstramos o quanto o respeito à ideia de princípio é relevante para o andamento harmônico e equilibrado das situações em que se encontram, de um lado, o indivíduo (neste ensaio, o adolescente) e, de outro, o rigoroso poder punitivo do Estado, de cuja pesquisa nos valem para a elaboração deste item.⁴³

Não são poucos os princípios relacionados com a problemática do Direito Penal Juvenil, desde aqueles com caráter peculiar em relação ao segmento até os de natureza processual. Entretanto, alguns são muito importantes à abordagem proposta. As garantias processuais não serão apontadas nesta investigação, em razão de sua profundidade e igual importância que torna possível até mesmo a feitura de outro ensaio.⁴⁴ Os princípios que entendemos serem fundamentais à temática do Direito Penal Juvenil são os seguintes: princípio da legalidade; princípio da intervenção mínima; princípio da ofensividade; princípio da proporcionalidade; princípio da culpabilidade; princípio da humanidade; princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; e o princípio do melhor interesse do adolescente. Nota-se que estes dois últimos são peculiares do segmento juvenil.

O *princípio da legalidade* ou da *reserva legal*, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, é o eixo de todo sistema penal, uma vez que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” No entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, nenhum acontecimento pode ser compreendido como crime ou nenhuma sanção penal pode ser imposta sem que antes daquele evento exista uma lei definindo-o como crime e definindo-lhe a sanção pertinente.⁴⁵ Para Luisi,

registra-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o Poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado.⁴⁶

No universo do direito penal juvenil, o princípio da legalidade se refere ao significado de ato infracional e na anterior determinação das medidas aplicáveis ao adolescente cuja autoria

⁴³ A relevância do estudo dos princípios no atual plano jurídico está bem disposta no nosso trabalho, originalmente apresentado para obtenção do título de bacharel em Direito, pela Universidade Católica de Pelotas, e, posteriormente, publicado na série *Cadernos de Direito*, sob o nº 8, da Editora da Universidade Católica de Pelotas, o qual sugerimos ao leitor: ALMEIDA, Bruno Rotta. Paradigmas garantistas limitadores do poder punitivo do estado. Pelotas: EDUCAT, 2008.

⁴⁴ Sobre o estudo das garantias processuais, recomendamos a obra de Saraiva, a qual aborda, inclusive, os direitos e garantias atinentes à fase de execução das medidas: SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

⁴⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18.

de certo fato tenha sido imputada. Isso porque o que entendemos de ato infracional provém da mesma eleição de condutas tipificadas e definidas como crime e contravenção penal. A importância desta hermenêutica reside na não admissão da arbitrariedade, uma vez que a detenção do adolescente só se legitima em decorrência de previsão legal para tanto. Assim, somente haverá ato infracional se houver lei anterior que defina determinado fato como crime ou contravenção penal; e somente haverá medida socioeducativa se existir lei anterior que comine tal medida à respectiva infração.

O principal fundamento do *princípio da intervenção mínima* está na ideia de que a criminalização de um fato só é legítima se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Esse princípio traduz duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A fragmentariedade significa que somente as ações ou omissões mais graves destinadas contra bens jurídicos valiosos podem ser objeto de criminalização. Já a subsidiariedade afirma que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, em outras palavras, encontrar-se em último lugar e entrar apenas quando for indispensável ao restabelecimento da ordem jurídica.

O corolário da intervenção mínima não está expresso na Constituição Federal, porém podemos extraí-lo, de modo explícito, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 37, b, em que os Estados-partes assegurarão que “nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.” Como bem colocado por Sposato, “o direito penal juvenil também se revela como *ultima ratio* no sistema de garantias introduzido pela Estatuto da Criança e do Adolescente.”⁴⁷ Da mesma forma que Shecaira: “o Direito Penal Juvenil deve situar-se como *ultima ratio* do sistema de justiça da infância e juventude.”⁴⁸ Em suma, qualquer medida socioeducativa que venha restringir direitos individuais dos jovens infratores somente deverá ser aplicada ao mesmo caso seja comprovada a sua necessidade.⁴⁹

O *princípio da ofensividade*, também chamado de *princípio da lesividade*, relaciona-se ao processo prévio de seleção de condutas, não permitindo serem criminalizadas aquelas que não representam uma ofensa significativa ao bem objetivado, mas sim, somente determinadas ações graves que lesionem ou coloquem em perigo (concreto) autênticos bens jurídicos. Assim dizia a máxima garantista: *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem

⁴⁷ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁴⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

⁴⁹ No caso de internação, a lei é mais precisa, conforme o §2º do artigo 122, do ECA: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida.”

jurídico). Por essa razão, no contexto do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um determinado bem jurídico. Para Sposato, “no novo direito penal juvenil, somente as condutas típicas são objeto de resposta estatal. O desvio de conduta, a má vida, o encontrar-se de modo habitual em ambiente contrário aos bons costumes não são mais justificativas para a imposição de medidas.”⁵⁰

O *princípio da proporcionalidade* é um princípio geral do Direito (validado para todas as áreas: penal, processual penal, administrativa etc.), o qual, no âmbito penal, tem o papel de estabelecer limites ao *jus puniendi*, repelindo a instituição de cominações legais bem como a fixação de penas que careçam de relação axiológica com o fato cometido; deve existir sempre um padrão justo de proporção entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. A interpretação corresponde à situação em que a cominação de medida de internação ao adolescente que comete ato infracional somente será realizada se a conduta típica, antijurídica e culpável for de natureza mais grave, ou seja, aquela praticada com violência ou grave ameaça. Em outras palavras, ato infracional sem violência ou grave ameaça não pode, em tese, autorizar a aplicação de internação ao jovem.⁵¹ Esta verificação traduz o respeito ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, bem lembrado por Shecaira, a proporcionalidade possui seu limite em outro princípio: o do superior interesse do adolescente. Dessa forma, a internação está sujeita aos princípios da brevidade e excepcionalidade, no que diz respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.^{52 53}

Por meio do *princípio da culpabilidade*, jamais será cominada pena sem que tenha o agente atuado de forma culpável. A culpabilidade, como categoria dogmática, recai sobre a pessoa do agente, não se admitindo, assim, a responsabilidade penal pelo autor, senão pelo fato. Desse modo, confere-se a tal garantia o entendimento de sentidos diversos: em primeiro lugar, a subjetividade da responsabilidade penal, não cabendo, no Direito Penal (e também no Direito Penal Juvenil), uma responsabilidade objetiva, derivada simplesmente de uma agregação causal entre a ação e um resultado de dano ou perigo para um bem jurídico. Em segundo lugar, a intranscendência da pena, impedindo que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime. E, finalmente, em terceiro lugar, a individualização da pena, compreendida como individualização judicial, exigindo que a pena imposta avalie, concretamente, a pessoa à qual se designa.

⁵⁰ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 96.

⁵¹ Vide artigo 122, I, do ECA.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

⁵³ Vide artigo 121, *caput*, do ECA; e artigo 227, §3º, V, da CF/88.

A culpabilidade (ou responsabilidade), para o Direito Penal Juvenil, refere que as medidas a serem aplicadas tenham como pressuposto o agir infracional do adolescente, que deve se resumir em uma ação típica, antijurídica e culpável. Não existindo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que concerne à reprovabilidade da conduta realizada e consciência da ilicitude, não há que se falar em cominação de medida socioeducativa.⁵⁴ Shecaira é claro quanto à problemática em questão:

Se desejarem chamar de *responsabilização especial*, *responsabilização estatutária*, ou *responsabilização infracional*, como fazem vários autores, em vez de Direito Penal Juvenil, isso é o menos importante. O principal é que se assegure, quando da imputação de ato infracional ao adolescente, que se lhe dê o direito de um juízo de tipicidade (pois, se o fato é atípico, não há ato infracional); de um juízo de ilicitude (pois, se o fato é amparado pelo direito, não há crime, nos termos do art. 23 do CP); de um juízo de averiguação dos elementos da culpabilidade. O adolescente que pratica ato infracional tem o direito de ter um exame jurisdicional de eventual erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP).⁵⁵

Da mesma forma, outras causas devem ser invocadas, como as seguintes: coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22, CP); embriaguez completa (art. 28, II, §1º, CP) ou não (art. 28, II, §2º, CP); entre outras. Nota-se que a inimputabilidade do agente à data do fato, causa excludente da culpabilidade, não extingue a responsabilidade pessoal do indivíduo que comete ato infracional e nem pode ser considerada como impunidade, diferente do que grande parte da mídia induz.⁵⁶

Em seu ensejo, o *princípio da humanidade* é encontrado em vários momentos na Constituição Federal; o próprio artigo 1º expressa que a dignidade da pessoa humana corresponde a um dos fundamentos do Estado brasileiro. Conforme os incisos III, XLVII, XLIX, do artigo 5º, da Carta Magna, asseguram, respectivamente, a proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes; a proibição das penas de morte, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento ou as cruéis; e a garantia ao respeito à integridade física e moral dos presos. Ainda, no capítulo específico sobre a família, criança, adolescente e idoso, a Constituição pátria destaca, em seu art. 227, *caput*, que são assegurados à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos à vida, à liberdade e à dignidade, sem que eles possam ser discriminados, explorados, violentados ou submetidos à crueldade ou opressão. Referido mandamento também invoca uma significativa relação de racionalidade e proporcionalidade, pois consoante o artigo 112, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “A medida aplicada ao

⁵⁴ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 102.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 157.

⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 160.

adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.” Sendo assim, para Sposato, “quando a pena não cumpre sua função preventiva particular, mas apenas se limita a uma função simbólica, é inconstitucional, violadora dos direitos humanos e, conseqüentemente, não se justifica.”⁵⁷

O princípio da humanidade ainda é lembrado em outros artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de proteger os direitos humanos de crianças e adolescentes. Para o artigo 5º, do Estatuto, “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” Segundo o artigo 15, do mesmo diploma legal, “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Em seu ensejo, o artigo 18, do Estatuto, afirma que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento está disposto no artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seguintes caracteres: “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.” Esse axioma extraído do Estatuto avigora que toda ser humano, enquanto vivo, encontra-se em constante desenvolvimento de sua personalidade, entretanto na juventude (incluindo a infância e a adolescência) o referido desenvolvimento é mais intenso e, dessa forma, peculiar. De acordo com Shecaira, “a grande contribuição do art. 6º, ao instituir como regra de interpretação o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, é reconhecer a desigualdade do adolescente em cotejo com o adulto.” 163

Importante notar que o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não têm o objetivo de evitar a incidência do poder punitivo do Estado, mas sim de constituir procedimentos e regras que não são aplicados aos adultos. De modo exemplificativo, a medida socioeducativa, para ser imposta, depende da verificação da prática de ato infracional pelo jovem, conforme elucidado pelo artigo 112 do Estatuto. Essa imposição implica uma responsabilização diferente da dos adultos.⁵⁸

Outro aspecto importante do princípio em questão é a proibição de jovens cumprirem as medidas socioeducativas em locais destinados aos adultos. Vários dispositivos são coerentes a respeito: o artigo 123, do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que “a internação deverá

⁵⁷ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

⁵⁸ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 106.

ser cumprida, em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração;" o artigo 185, do mesmo diploma, corrobora com a afirmação: "a internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida e estabelecimento prisional;" o artigo 37, da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente elucida que "toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade;" também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude - Regras de Beijing -, em seu item 26.3, esclarece que "os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimento separado ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos;" por fim, o texto constitucional, em seu artigo 5º, XLVIII, enaltece que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado."

O *princípio do melhor interesse do adolescente* visa atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. Para Shecaira, "o adolescente, em sua preferência a outros direitos, deve estar em primeiro lugar na escala de preocupação das autoridades; deve-se entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as suas necessidades."⁵⁹ Na doutrina de Sposato, "concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas de liberdade."⁶⁰ Alguns dispositivos traduzem o entendimento do mandamento em exame: o artigo 3º, 1, da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, afirma que "em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança;" conforme o artigo 17,1,d, das Regras de Beijing, o "bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos;" para o artigo 227, da Constituição Federal, há uma absoluta prioridade à criança e ao adolescente dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, respeito, liberdade etc. Por fim, o respeito ao princípio do melhor interesse do adolescente só vem ser congruente à noção racional do sistema punitivo como *ultima ratio*, levando-se em conta que a intervenção penal pode somente vir ocasionar a aceleração do processo da reiteração de conduta desviante, sendo um impeditivo na escolarização necessária do jovem, demasiadamente importante ao aspecto socializador.

⁵⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁶⁰ SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

5 Conclusão

No ensaio que ora se apresenta, tentamos expor uma abordagem introdutória dos princípios que entendemos serem básicos para o estudo do Direito Penal Juvenil frente ao Estado Democrático de Direito. Inicialmente, dedicamo-nos ao exame de aspectos relacionados ao adolescente e ao crime, apontando a posição incerta e a complexidade de determinar o período da adolescência, levando-se em conta o plano jurídico; a seguir, indicamos alguns vetores que podem contribuir para a compreensão da criminalidade vinculada ao segmento juvenil.

Em um segundo momento, procuramos tecer uma aproximação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal, dentro de um paralelismo composto por um poder coercitivo estatal. Para isso, examinamos as características do ato infracional, bem como das medidas socioeducativas previstas no Estatuto, expondo certa identidade com os institutos do Direito Penal comum (crimes e penas). Mais adiante, intentamos abordar a incidência de um Sistema de Garantias relacionado ao Direito Penal Juvenil, esclarecendo importantes aspectos sobre o garantismo penal, além de enumerar os princípios que achamos serem fundamentais para a temática proposta.

A adolescência é realmente um período muito complexo, cujo entendimento requer uma significativa atenção aos pormenores encaixados nos pequenos espaços de compreensão desse período da vida. Colocá-la, de modo objetivo, no plano jurídico não é uma tarefa das mais fáceis. Por essa razão, talvez, revela-se o incitamento ao exame da criminalidade juvenil, além dos vários trabalhos criminológicos e também psicanalíticos que tentam encontrar respostas para a relação entre o adolescente e o crime. Muitos autores expõem determinados fatores que contribuem para a compreensão da gênese da criminalidade relativa ao jovem. Com certeza, esses fatores não correspondem de forma absoluta à percepção dessa espécie de delinquência; muito pelo contrário, são *absolutamente* relativos, apenas com o escopo de orientar o estudante ou operador do Direito no intento de melhor saber apreciar o jovem e sua relação com o crime.

Não obstante tais considerações, verificamos, no decorrer da pesquisa, uma aproximação da legislação vinculada ao segmento juvenil às incidências de um *poder punitivo estatal* travestido de suposto *aparelho protetor da criança e do adolescente*, aparelho modelado em atos infracionais e medidas socioeducativas que possuem relevante identidade com os crimes e as penas do Direito Penal comum, na medida em que limitam direitos e recaem sobre a condição de liberdade dos adolescentes autores de ato infracional. Tal aparelhagem destinada à criança e ao adolescente possui, assim, uma aparente natureza penal, representada por um exercício coercitivo do poder estatal.

Dessa forma, não temos dúvida quanto ao caráter penal da legislação relacionada ao segmento juvenil, bastando lembrar o conceito hermenêutico de ato infracional: conduta típica, antijurídica e culpável, exatamente nos termos do Direito Penal comum, que, aqui, só vem a conformar o chamado *Direito Penal Juvenil*.

Em virtude dessa aproximação, a necessidade de compreensão dos princípios penais torna o configurado Direito Penal Juvenil mais coerente com o Estado Democrático de Direito. O respeito aos princípios da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade, da proporcionalidade, da culpabilidade, da humanidade, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente vem corroborar a uma aplicação garantista de veneração em direção a uma sistemática constitucional de Direito Penal. Os princípios relativos, exclusivamente, à matéria juvenil (princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e princípio do melhor interesse do adolescente) demonstram o caráter diferenciado desse período de vida denominado adolescência, intensificando a importância de todas as garantias necessárias ao equilíbrio constitucional proclamado. A noção de um *Sistema de Garantias*, como uma conjuntura intercalada por todos esses princípios, visa, tão-somente, evitar a temerosa arbitrariedade intrínseca à qualidade coercitiva estatal, racionalizando o referido *jus puniendi*, e, ainda, claramente confessar, uma vez mais, o modelo Constitucional e de Direito apregoados em nossas Cartas.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Bruno Rotta. *Paradigmas garantistas limitadores do poder punitivo do estado*. Pelotas: EDUCAT, 2008.

ARAUJO, Isabel Issler Ferreira de. *O uso de droga e suas implicações na prática de atos infracionais*. In: PASSOS, José Olavo Bueno dos (org.). *Infância e juventude: uma prática em construção II*. Pelotas: EDUCAT, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CURY, Munir (coord.). ***Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais***. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão: teoria do garantismo penal***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUISI, Luiz. ***Os princípios constitucionais penais***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. ***O adolescente infrator e a imputabilidade penal***. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. ***Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. ***Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional***. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. ***Sistema de garantias e o direito penal juvenil***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. ***O direito penal juvenil***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VOLPI, Mario (org.). ***O adolescente e o ato infracional***. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. ***Manual de direito penal brasileiro: parte geral***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.