

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
E SUAS IMPLICAÇÕES MATERIAIS

Doutorado em Direito

São Paulo

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
E SUAS IMPLICAÇÕES MATERIAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

Doutorado em Direito

São Paulo

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
E SUAS IMPLICAÇÕES MATERIAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À Deus, agradeço por todas as bênçãos a mim concedidas.

*Aos meus pais, Elmas e Sandra,
agradeço pelo amor, educação e apoio em
todos os momentos da minha vida.*

*À minha esposa Mayara,
que me ensinou o valor (não apenas jurídico) do afeto,
agradeço pelo amor, apoio e compreensão.*

*Ao meu filho Paulinho,
que me despertou um amor antes desconhecido,
sem o qual não conseguiria mais viver.*

Justamente por ello la historia es terca en mostrar que las peores atrocidades, primero los hombres contra las mujeres y luego los adultos (hombres y mujeres) contra los niños, casi siempre se han cometido mucho más en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión.

Emilio García Méndez.

RESUMO

Por força do comando constitucional de imputabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade (art. 228 da CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (legislação especial) estruturou um modelo de responsabilidade especial ou diferenciada por ato infracional (conduta definida como infração penal) praticado por adolescente, mediante a cominação de medidas socioeducativas (imputabilidade socioeducativa) consistentes em advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (art. 112, *caput*, I a VI, da Lei n. 8.069/90). O problema da natureza jurídica das medidas socioeducativas, contudo, ainda suscita ampla divergência em doutrina e oscilações na jurisprudência, repercutindo em importantes aspectos do regime jurídico dessa modalidade de resposta estatal, notadamente na questão da aplicação das garantias penais e processuais penais ao modelo de responsabilidade especial ou diferenciada de adolescentes – respeitadas, naturalmente, as especificidades e os princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. Diante desse panorama de insegurança jurídica, a presente pesquisa tem por escopo a determinação da natureza jurídica das medidas socioeducativas, com a apreciação das suas implicações materiais no direito infracional ou socioeducativo, especialmente a necessidade de estabelecer o marco da culpabilidade do adulto (paradigma da intervenção penal comum) como sublimite superior (“subteto”) ou limite interno, dentro da moldura abstrata de três anos (art. 121, § 3º, do ECA), para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas; a possibilidade de renúncia ou mitigação da intervenção socioeducativa por desnecessidade de prevenção especial positiva; a incidência do instituto da prescrição penal como limite adicional para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas (a par da prescrição etária); e a impossibilidade de execução provisória (antes do trânsito em julgado) da medida socioeducativa aplicada em sentença sancionatória. Para tanto, são apresentados os elementos (dados essenciais) do conceito de pena para, em seguida, ser aferida a presença/ausência desses traços fundamentais nas medidas socioeducativas. Posteriormente, são analisados os princípios da proteção integral, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a evolução histórica do tratamento jurídico e social da criança e do adolescente, a fim de subsidiar a determinação da natureza jurídica das medidas socioeducativas e de suas implicações materiais.

Palavras-chave: Medidas socioeducativas. Natureza jurídica. Imputabilidade socioeducativa. Ato infracional. Direito penal especial de adolescentes.

ABSTRACT

By virtue of the constitutional command of criminal liability of minors under the age of eighteen (article 228 of the Federal Constitution), the Statute of the Child and Adolescent (special legislation) structured a model of special or differentiated responsibility for an infraction (conduct defined as a criminal offense) committed by a teenager, through the imposition of socio-educational measures (socio-educational imputability) consisting of warning, reparation for damage, community service, probation, semi-liberty and internment (article 112, caput, items I to VI, of Law n. 8.069/90). The problem of the legal nature of socio-educational measures, however, still gives rise to wide divergence in doctrine and fluctuations in case law, with repercussions on important aspects of the legal regime of this type of state response, notably on the question of the application of criminal and criminal procedural guarantees to the model of special or differentiated responsibility of teenagers - respecting, of course, the specificities and guiding principles of Child and Adolescent Law. Given this scope of legal insecurity, the aim of this research is to determine the legal nature of socio-educational measures, with an assessment of their material implications for offense or socio-educational law, especially the need to establish the scope of adult guilt (paradigm of common criminal intervention) as an upper limit ("sub-ceiling") or internal limit, within the abstract scope of three years (article 121, item 3rd, of the Statute of the Child and Adolescent), for the application of socio-educational measures; the possibility of waiving or mitigating socio-educational intervention due to the lack of positive special prevention; the incidence of the criminal statute of limitations as an additional limit for the application of socio-educational measures (along with the age limit); and the impossibility of provisional enforcement (before the final judgment) of the socio-educational measure applied in a sanctioning sentence. To this end, the elements (essential data) of the concept of punishment are presented, and then the presence/absence of these fundamental features in socio-educational measures is assessed. Subsequently, the principles of integral protection, the peculiar condition of a developing person, absolute priority and the best interests of children and adolescents are analyzed, as well as the historical evolution of the legal and social treatment of children and adolescents, in order to help determine the legal nature of socio-educational measures and their material implications.

Keywords: Socio-educational measures. Legal nature. Socio-educational imputability. Offenses. Special criminal law for adolescents.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
-----------------	---

Capítulo I

Teoria da sanção penal

1. Aspectos gerais.....	7
2. Os elementos (dados essenciais) do conceito de pena.....	10
2.1. A privação de um bem (direito) objetivamente considerado.....	11
2.2. A existência de uma prévia ofensa jurídica.....	19
2.3. Imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica.....	23
2.4. Inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor.....	28
2.5. Imposição por uma autoridade (institucionalização da pena).....	29

Capítulo II

As medidas socioeducativas

1. Aspectos gerais.....	30
2. As medidas socioeducativas e os elementos (dados essenciais) do conceito de pena.....	31
2.1. A privação de um bem (direito) objetivamente considerado.....	31
2.1.1. Advertência.....	31
2.1.2. Reparação do dano.....	32
2.1.3. Prestação de serviços à comunidade.....	39
2.1.4. Liberdade assistida.....	41

2.1.5. Semiliberdade.....	48
2.1.6. Internação.....	59
2.2. A existência de uma prévia ofensa jurídica.....	103
2.2.1. Tipicidade remetida.....	104
2.2.2. Ilicitude (antijuridicidade).....	110
2.2.3. A culpabilidade especial do adolescente.....	111
2.2.3.1. Premissas conceituais: a imputabilidade.....	111
2.2.3.2. Requisitos da culpabilidade especial do adolescente.....	114
2.2.4. Exclusão da punibilidade.....	121
2.3. Imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica.....	122
2.4. Inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor e imposição por uma autoridade (institucionalização da pena).....	123

Capítulo III

O paradigma da proteção integral

1. Breve história e origens do Direito da Criança e do Adolescente.....	127
2. A proteção da criança e do adolescente na normativa internacional.....	138
3. A proteção da criança e do adolescente no Brasil.....	140
3.1. A Roda dos Expostos.....	140
3.2. Substituição do modelo de assistência: a filantropia e a progressiva intervenção estatal.....	141
3.3. Código de Menores de 1927 (“Código Mello Mattos”).....	144
3.4. Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.).....	146
3.5. Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM).....	147
3.6. Código de Menores de 1979.....	147
3.7. A Constituição Federal de 1988: incorporação da Doutrina da Proteção Integral.....	150

4. Fases (sistemas) da evolução do tratamento jurídico de crianças e adolescentes.....	152
4.1. Fase da absoluta indiferença.....	152
4.2. Fase da mera imputação criminal.....	153
4.3. Fase tutelar.....	155
4.4. Fase da proteção integral.....	157
5. Princípio da proteção integral: significado e dimensões.....	158
5.1. Regras fundamentais da proteção integral: prioridade absoluta e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.....	163
5.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	167
5.3. Sistema de Garantia dos direitos da criança e do adolescente.....	172

Capítulo IV

Natureza jurídica das medidas socioeducativas

1. Orientações a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas.....	178
2. As medidas socioeducativas como pena especial para adolescentes.....	193
3. Fundamentação da (in)imputabilidade de adultos, adolescentes e crianças.....	208
4. Implicações materiais da natureza jurídica das medidas socioeducativas.....	215
Conclusões.....	239
Referências.....	250

Introdução

O interesse na elaboração de pesquisa mais aprofundada a respeito do ato infracional (art. 103 do ECA), com seus aspectos materiais (medidas socioeducativas) e processuais (procedimento de apuração), surgiu por ocasião do desempenho da atividade judicante, exercida durante alguns anos na competência material da Vara da Infância e da Juventude, ao lado da atividade docente, ministrando aulas na disciplina de Direito da Criança e do Adolescente.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla três modalidades de resposta estatal para o cometimento de uma conduta definida como infração penal (modelo de tripla via): (i) *penas* (privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa) para os adultos; (ii) *medidas de segurança* (internação e tratamento ambulatorial) para os adultos sem capacidade de culpabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (arts. 26, *caput*, e 97, ambos do CP); e (iii) *medidas socioeducativas* para os adolescentes (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA).

Especificamente em relação ao adolescente, assim considerada a pessoa com doze anos de idade completos (mas ainda menor de dezoito anos) ao tempo da conduta (arts. 2º, *caput*, e 104, parágrafo único, ambos do ECA), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece um modelo de responsabilidade especial ou diferenciada (em relação ao modelo penal comum), que possibilita a imposição das denominadas *medidas socioeducativas*, consistentes em advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA).

Em outras palavras: a despeito da inimputabilidade *penal* (art. 228 da CF e art. 27 do CP), os adolescentes se sujeitam a responsabilidade por ato infracional (imputabilidade *socioeducativa*). Trata-se, contudo, de responsabilidade que se opera por meio de sanção especial ou diferenciada (medidas socioeducativas), de qualidade diversa das penas cominadas para os adultos, em obediência ao princípio de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e arts. 6º e 121, *caput*, ambos do ECA). Apenas as crianças (menor de doze anos de idade) não estão sujeitas a qualquer sanção, por força da sua inimputabilidade penal e socioeducativa – absoluta irresponsabilidade por ato infracional (arts. 105 e 112, *caput*, ambos do ECA).

Diversas são as interações observadas entre o Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente, tais como a exigência de tipicidade remetida ou delegada para o aperfeiçoamento do ato infracional (exigência de a conduta ser definida como crime ou contravenção penal); a aplicação da prescrição penal (por analogia) para as medidas socioeducativas, de acordo com a orientação consolidada no enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça; a regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad¹, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)², que estabelece a proibição da intervenção socioeducativa para condutas que não seriam objeto de intervenção penal, quando praticadas por um adulto.

Contudo, foram as peculiaridades do Direito da Criança e do Adolescente que ensejaram maior interesse para a pesquisa, notadamente a indeterminação temporal relativa ou *a priori* (determinação *a posteriori*) das medidas socioeducativas privativas de liberdade (internação e semiliberdade), que apresenta grande proximidade com as premissas que inspiraram os positivismos criminológico e correcionalista. Tal aspecto suscitou especial interesse, justamente pelo fato de a determinação das penas privativas de liberdade (sistema oposto) ter sido objeto da minha dissertação de mestrado. Para aprofundar e desenvolver essas questões, elegemos as medidas socioeducativas como aspecto central do presente trabalho.

A pesquisa tem por objeto a conformação normativa das medidas socioeducativas e, em especial, a *natureza jurídica* dessa modalidade de resposta estatal, cuja determinação implica consequências diversas de ordem material e processual. Em que pese a incorporação do paradigma da proteção integral desde 1988 (art. 227, *caput*, da CF), a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda oscilam a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas (insegurança jurídica): se modalidade de sanção penal (pena especial) ou mera intervenção puramente pedagógica (estritamente educativa).

A determinação da natureza jurídica das medidas socioeducativas se afigura essencial para a sedimentação do modelo garantista adotado pelo Estatuto da Criança e do

¹ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que *qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem*”.

² Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; [...]*”.

Adolescente, que constitui manifestação da doutrina da proteção integral em sede de responsabilidade por ato infracional (desconstrução do denominado *neomenorismo*, assim considerada a orientação que busca a perpetuação da racionalidade da situação irregular, sob a roupagem da proteção integral).

De acordo com a premissa estabelecida (natureza jurídica das medidas socioeducativas), as implicações materiais e processuais serão diametralmente opostas. Se as medidas socioeducativas forem consideradas como modalidade de sanção penal (pena especial), aos adolescentes deverão ser estendidas todas as garantias penais e processuais penais dos adultos – o denominado Direito Penal Especial (Juvenil). Por outro lado, se as medidas socioeducativas forem consideradas como mera intervenção puramente pedagógica ou estritamente educativa, serão amplamente admitidas a discricionariedade e o subjetivismo na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, instalando-se um *neomenorismo* que, a pretexto de promover o “bem” (direito à “socioeducação”), justifica a imposição de tratamento mais gravoso para o adolescente – em relação ao tratamento que incidiria para um adulto, em idêntica situação.

Exemplo dessa cultura *neomenorista* seria a possibilidade de imediata execução (provisória) da medida socioeducativa (internação) aplicada em sentença, antes do trânsito em julgado, admitida pelos Tribunais Superiores, sob o fundamento de que “condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional”³.

Trata-se da denominada *crise de interpretação* do Estatuto da Criança e do Adolescente, de origem político-cultural, assim descrita por Emilio García Méndez: “La crisis de interpretación del ECA se vincula hoy muy especialmente con las ‘buenas’ prácticas tutelares y compasivas o, lo que es lo mismo, con la persistencia de una cultura – ahora supuestamente ‘progresista’ – del mesianismo, el subjetivismo y la discrecionalidad”⁴.

³ STJ, 3ª Seção, HC n. 346.380/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. para acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13.4.2016, *DJe* 13.5.2016.

⁴ MÉNDEZ, Emilio García. *Infancia: ¿Hacia dónde van sus derechos?*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2017. p. 217.

Essas questões despertaram o interesse em aprofundar a pesquisa em sede de doutorado, para responder à seguinte questão nuclear: **“Qual é a natureza jurídica das medidas socioeducativas e quais são as suas implicações materiais e processuais?”**

Observa-se, na literatura nacional, que poucas são as abordagens que analisam e interpretam as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da Doutrina da Proteção Integral, com a sua conseqüente função de *garantia* em tema de ato infracional e medidas socioeducativas. A instabilidade jurisprudencial no tratamento das medidas socioeducativas, ao lado do parco desenvolvimento científico do assunto (normalmente abordado de forma superficial nos comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com diversos outros temas nele disciplinados), justificam a sua abordagem no presente trabalho, em busca de oferecer uma contribuição para a comunidade acadêmica.

O desenvolvimento do presente estudo se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica, abrangendo obras de autores nacionais e estrangeiros, bem como jurisprudência a respeito dos temas abordados – os principais julgados dos Tribunais Superiores que, relacionados ao objeto da pesquisa, poderão contribuir para a percepção da orientação manifestada nas decisões (se garantista ou “tutelar”).

Para responder à questão nuclear da pesquisa (“Qual é a natureza jurídica das medidas socioeducativas e quais são as suas implicações materiais e processuais?”), o trabalho será dividido em capítulos, da forma seguinte.

O primeiro Capítulo, intitulado “Teoria da sanção penal”, apresenta os principais aspectos que a doutrina reconhece como inerentes a uma sanção penal, a saber: privação de um bem (direito) objetivamente considerado; existência de uma prévia ofensa jurídica; imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica; inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor; e imposição por uma autoridade (institucionalização da pena). A partir dos elementos (dados essenciais) do conceito de pena, teremos critérios para identificar se as medidas socioeducativas podem ou não ser consideradas como modalidades de sanção penal, ao lado da pena.

No segundo Capítulo, denominado “As medidas socioeducativas”, procedemos ao cotejo dos elementos (dados essenciais) do conceito de pena anteriormente apreciados, com o escopo de aferir a presença / ausência de tais aspectos no regime jurídico das medidas socioeducativas. Para tanto, analisamos todas as medidas socioeducativas e a sua correspondência com institutos do Direito Penal comum dos adultos, bem como a convergência

entre os estratos do conceito analítico de crime e de ato infracional, com as suas respectivas peculiaridades, notadamente a culpabilidade especial dos adolescentes. Esboçamos, ainda, a nossa perspectiva a respeito da imputabilidade socioeducativa dos adolescentes (inimputabilidade apenas *penal*), estabelecida no art. 228 da Constituição Federal.

O terceiro Capítulo, intitulado “O paradigma da proteção integral”, cuida da evolução histórica do tratamento jurídico de crianças e adolescentes, nas normativas internacional e interna, salientando a importância da “Revolução Copérnica” operada pela Constituição Federal em relação ao Direito da Criança e do Adolescente, que deslocou a racionalidade adultocêntrica para o reconhecimento de crianças e adolescentes como *sujeitos de direitos*, com absoluta prioridade (art. 227, *caput*, da CF) – e não mais meros objetos de tutela (controle social) pelo Estado. Por meio da apreciação da proteção integral (significado, dimensões e pilares) e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pretendemos demonstrar que a doutrina da proteção integral impõe um modelo garantista em tema de ato infracional e de medidas socioeducativas.

No quarto Capítulo, considerando as premissas anteriormente estabelecidas, abordamos especificamente a natureza jurídica das medidas socioeducativas, apresentando, inicialmente, as principais orientações a respeito do tema: intervenção puramente pedagógica ou estritamente educativa (sem carga de sanção); intervenção extrapenal, mas com carga de sanção; e intervenção penal especial ou diferenciada. Em seguida, desenvolvemos a nossa tese a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas, no sentido de as reconhecer como penas especiais ou diferenciadas para adolescentes, de modo a atrair a incidência de todas as garantias penais e processuais penais do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, logicamente acrescidas dos direitos e garantias especiais reconhecidos aos adolescentes, decorrentes da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (doutrina da proteção integral). A partir dessa tese, analisamos a conformação da imputabilidade socioeducativa dos adolescentes, com a sujeição a uma pena especial ou diferenciada, sustentando a necessidade da elevação do patamar legal definido no Estatuto da Criança e do Adolescente – atualmente estabelecido em doze anos de idade (crianças), como limite inferior. Por derradeiro, desenvolvemos as principais implicações materiais da adoção de um Direito Penal Especial para adolescentes, notadamente a limitação imposta pelo paradigma do adulto (marco da culpabilidade), que implica a necessidade de determinação da pena que seria aplicada ao adulto, em idêntica situação, como sublimite concreto para a imposição (qualidade e quantidade) da medida socioeducativa. Considerando as peculiaridades do modelo de responsabilidade

especial ou diferenciada de adolescentes, abordamos a relação entre o princípio da atualidade e a possibilidade de carência superveniente do interesse processual (desnecessidade da medida socioeducativa). Em seguida, apreciamos a polêmica a respeito da aplicação da prescrição penal em sede de medidas socioeducativas, suas especificidades e regras de determinação. Ao final, discutimos a (im)possibilidade de execução provisória das medidas socioeducativas.

Capítulo I

Teoria da sanção penal

1. Aspectos gerais

Em sentido amplo, o termo “sanção” designa a *consequência* estabelecida por uma ordem social para determinada conduta humana. Tal consequência pode consistir na atribuição de uma desvantagem (sanção negativa) ou de uma vantagem (sanção positiva), assim surgindo as concepções de sanção em sentido estrito (pena) e de sanção premial⁵. A despeito de afirmar a predominância da sanção negativa, HANS KELSEN reconhece que o conceito de “sanção” pode abranger tanto o prêmio (recompensa) como o castigo (pena):

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.⁶

Abandonando a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo (inspirado no ideal do Estado liberal clássico, concebido para a função de simples guardião da ordem pública, com a natural preponderância de sanções negativas), NORBERTO BOBBIO salienta a crescente tendência de o ordenamento jurídico assumir uma função

⁵ A noção de sanção premial costuma ser empregada em tema de colaboração premiada: v.g., art. 159, § 4º, do CP; art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492/86; art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90; art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90; art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98; arts. 13 a 15, todos da Lei n. 9.807/99; art. 41 da Lei n. 11.343/06; arts. 3º, I, 3º-A a 7º, todos da Lei n. 12.850/13.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 26.

promocional (e não apenas dissuasiva, de tutela ou garantia), mediante o emprego das técnicas de encorajamento. O mesmo autor assim define a sanção positiva:

A noção de sanção positiva deduz-se, *a contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício.

Tal como o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem. Desse ponto de vista, tanto as sanções negativas quanto as positivas podem ser *atributivas* ou *privativas*.⁷

Diversamente, GOFFREDO TELLES JUNIOR nega a qualidade de “sanção jurídica” aos direitos e vantagens (prêmio ou recompensa), reservando o conceito de sanção para as medidas repressivas, que apresentam como pressuposto a violação de mandamentos jurídicos:

Há quem sustente que as sanções se dividem em *sanções onerosas* e *sanções premiais*. As *sanções onerosas* ... são as *obrigações e penas*, a que ficam sujeitos os violadores das normas jurídicas. As *sanções premiais* seriam as *recompensas*, fixadas na lei, pela prestação de serviço valioso e meritório. [...]. Esta nomeação, porém, é imprópria, e conduz a erro. Tecnicamente, as sanções do Direito se prendem a *mandamentos* jurídicos. Esta é uma noção primordial, que não pode ser esquecida. É a primeira nota para a correta conceituação da *sanção jurídica* [...]. Os direitos e vantagens ... são recompensas e prêmios, mas não são *sanções*, no sentido técnico desta palavra. Não são medidas repressivas, e não se prendem a violações de mandamentos jurídicos. São recompensas e prêmios, ligados a comportamentos valiosos e meritórios, mas comportamentos fortuitos, não exigidos por normas autorizantes. Os direitos e vantagens não são sanções. Sanções verdadeiras seriam as medidas que poderiam ser tomadas *para assegurar a concessão* dos referidos direitos e vantagens, nos casos em que o Poder Público não os quisesse conceder, violando as normas referidas. Não sendo *sanções*, esses direitos e vantagens não devem receber

⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 24-25.

o nome de *sanções premiais*. Chamá-las de *sanções* é mudar, indevidamente, o sentido técnico do termo *sanção*. Em verdade, as sanções premiais não existem.⁸

Por força do objeto da presente pesquisa, radicado nas medidas socioeducativas (modalidade de resposta estatal ao cometimento de conduta definida como infração penal), empregaremos o termo *sanção* em seu sentido estrito, com o significado de sanção negativa (pena), por ser a acepção que apresenta maior pertinência com o tema a ser desenvolvido.

A sanção negativa, por conter a atribuição de uma desvantagem ou a privação de uma vantagem (bem ou direito), apresenta estreita relação com os conceitos de castigo, de sanção penal, de pena e de punição. MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA e FERNANDO FALCÓN Y TELLA observam uma relação de progressiva concreção e especificação (do mais abstrato e genérico ao mais concreto e específico) entre o castigo, a sanção penal e a pena⁹. O *castigo*, como conceito mais amplo (*punishment*, em inglês, ou *châtiment*, em francês), não seria exclusivo do mundo jurídico, mas igualmente empregado na Pedagogia, na Medicina, na Psicologia, na Sociologia, na Literatura e em outros campos do conhecimento humano. A sanção jurídica, abrangente da *sanção penal*¹⁰, seria um conceito mais restrito (*punitive practice* ou *sanction pénale*), referido ao mundo jurídico (Direito), que encontra na *coatividade* uma de suas notas principais:

O jurídico não é a única ordem normativa da conduta humana. Para regular a convivência em sociedade existem, junto ao Direito, outras regras: a Moral, os usos sociais, a Religião... O que ocorre é que o Direito é, de todas estas regulações, a única que é coativa, a única que se cumpre inexoravelmente, *pelos boais ou pelos más* (pelo bem ou pelo mal), voluntária ou coativamente. [...].

Na Moral, *não* há sanções ou, ao menos, estas não são impostas coativamente, como no Direito. A única sanção no caso de descumprimento de uma norma moral seria de caráter *intangível* ou *ultraterreno*: o peso da culpa na consciência ou o castigo em uma hipotética vida futura – o que, na religião católica, representa o Inferno e em outras religiões seria a reencarnação em um ser de patamar inferior. [...].

⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83-85.

⁹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26-27.

¹⁰ A sanção penal, como gênero, compreende a *pena* e a *medida de segurança*, de acordo com o seu pressuposto (culpabilidade e periculosidade, respectivamente) – na presente pesquisa, buscaremos identificar se as medidas socioeducativas igualmente integram o gênero “sanção penal”.

Os castigos são diferentes: *cumprimento do ordenado ou sanção substitutória, na norma jurídica, sanção intangível ou ultraterrena, na Moral, e comentário ou exclusão do grupo social, nos usos sociais*.¹¹

Por seu turno, a *pena* seria um conceito ainda mais restrito (*sentence* ou *peine*), pertencente a uma parcela do Direito, composta basicamente pelo Direito Penal, enquanto o termo *punição* (*penalty* ou *pénalité*) designaria a sanção em outras disciplinas, especialmente a sanção administrativa.

Com o escopo de analisar os dados essenciais do conceito de pena (e, a partir deles, a estrutura das medidas socioeducativas), adotaremos como referencial o consagrado estudo de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, que apresenta cinco elementos centrais para a definição de castigo nas ciências jurídicas: (i) deve implicar uma pena ou outra consequência, normalmente considerada desagradável; (ii) deve ser imposta por uma ofensa contra normas legais; (iii) deve existir um responsável, suposto ou real, desta ofensa; (iv) deve ser executada, intencionalmente, por pessoas distintas do seu destinatário; e (v) deve ser imposta e executada por uma autoridade constituída por um sistema legal, contra o sujeito que supostamente tenha cometido o delito¹².

2. Os elementos (dados essenciais) do conceito de pena

Analisaremos, com maior profundidade, cada qual dos *elementos* (dados essenciais) do conceito de pena apresentados por HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, com o escopo de aferir a presença (identidade) ou ausência (divergência) desses mesmos aspectos nas medidas socioeducativas – objeto de interesse da presente pesquisa. Tendo em vista a grande diversidade de concepções a respeito das finalidades da pena (teorias absolutas ou de retribuição, teorias relativas ou de prevenção e teorias mistas ou de união), e com o escopo de

¹¹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104-106.

¹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Prolegomenon to the principles of punishment**. Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law. Oxford: University Press, 1968. p. 1-27.

evitar a criação de “barreiras definicionais”¹³, buscaremos, nesse primeiro momento, restringir a nossa abordagem aos aspectos que integram a essência da pena¹⁴: aqueles aspectos que permitam identificar, em determinada medida coativa, o fenômeno da imposição de uma *pena*, independentemente da discussão acerca da sua legitimação teleológica (finalidades¹⁵).

2.1. A privação de um bem (direito) objetivamente considerado

A doutrina indica, como *primeiro* elemento (dado essencial) do conceito de pena, a infligência de sofrimento, desprazer, dor ou mal. A partir da estreita relação empírica que historicamente acompanha o binômio castigo-sofrimento, poder-se-ia afirmar que a prisão deixaria de ser considerada um castigo se fosse descoberto que tal medida era experienciada, por quem a ocupa, como algo geralmente agradável ou prazeroso¹⁶. MICHEL FOUCAULT noticia que, na primeira metade do século XIX, a crítica ao sistema penitenciário consistia justamente em a prisão não ser bastante punitiva¹⁷, pois os detentos teriam menos fome, menos frio e menos privações que muitos pobres ou operários¹⁸.

Trata-se da lógica designada por *less eligibility*, conceito desenvolvido na Inglaterra, no início do século XIX, que forneceu o principal argumento para as Leis dos Pobres Ingleses de 1834: em sua formulação inicial, o princípio sustentava que a situação do beneficiário do auxílio (assistência pública), em geral, não deve ser, real ou aparentemente, tão

¹³ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 198-204.

¹⁴ Ao tratar do castigo, FRIEDRICH WILHELM NIETZSCHE adverte a respeito da necessidade de distinção entre dois aspectos: o primeiro, relativamente *duradouro*, seria o costume, o ato, o “drama”, uma certa sequência rigorosa de procedimentos (aspecto que buscaremos analisar na presente pesquisa); o segundo, *fluido*, seria o sentido, o fim, a expectativa ligada à realização desses procedimentos (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Tradução: Paulo César Lima de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 62-63).

¹⁵ Para o aprofundamento do assunto: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁶ BETEGON, Jeronimo. **La justificación del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 147. Tradução livre.

¹⁷ A par disso, a prisão não era considerada como pena no direito civil, desempenhando o papel de uma garantia sobre a pessoa e sobre o seu corpo: a princípio, “a prisão assegura que temos alguém, não o pune” (*ad continendos homines, non ad puniendos*) (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 98).

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 18.

elegível (desejável) quanto a situação do trabalhador autônomo da classe mais baixa. De acordo com essa lógica, a assistência pública nunca pode elevar as condições de vida dos destituídos acima dos padrões de vida disponíveis para os mais pobres entre os trabalhadores pobres; caso contrário, o socorro público se tornaria “mais elegível” (mais desejável) do que o trabalho assalariado. Transplantando essa racionalidade para o direito penal, infere-se que, para não contrariar os seus objetivos, o sistema penal deve ser tal que os grupos mais predispostos ao crime prefiram uma existência mínima em liberdade, mesmo nas condições mais miseráveis, a uma vida sob a pressão do sistema penal. De fato, a função de menos elegibilidade (*less eligibility*) busca dissuadir as classes menos favorecidas de recorrer ao crime (ou à assistência pública) para sobreviver – e, acrescenta ALESSANDRO DE GIORGI, forçar os pobres a “preferir” quaisquer condições de trabalho disponíveis às sanções associadas ao comportamento criminoso e à recusa de trabalho¹⁹.

O elemento da inflição de sofrimento, desprazer, dor ou mal pode ser observada em THOMAS HOBBS, quando define a punição (pena jurídica) como “um *dano* infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais disposta à obediência”²⁰. A ideia de sofrimento, como componente essencial da pena, pode igualmente ser encontrada em CARLOS SANTIAGO NINO:

qualquer que seja o objetivo final pelo qual se prescreve e aplica a pena, constitui um componente essencial da razão pela qual se recorre a ela o colocar a seus destinatários em uma situação desagradável, ou, para dizê-lo claramente, o submetê-los a algum sofrimento. [...] Em outras palavras, o sofrimento que a pena implica é um efeito intencional do ato de recorrer a ela (já que se o persegue como fim ou como meio para outro fim).²¹

A ideia de algo de valor *negativo* integra a essência do conceito de pena: “aquela necessária ligação que faz que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua mesma

¹⁹ GIORGI, Alessandro De. **Punishment and political economy**. The SAGE Handbook of Punishment and Society. Coordenação: Jonathan Simon e Richard Sparks. Londres: SAGE Publications Ltd, 2013. p. 40-59.

²⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Organização: Richard Tuck. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 263.

²¹ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 203. Tradução livre.

negação que se exprime como pena”²² – identidade fundada no conceito (igualdade de valor, como equivalência interna das coisas²³) e não na existência exterior (igualdade qualitativa, como pena de talião ou pena-espelho). GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL esclarece que:

a justiça das disposições penais, na sua especificação qualitativa ou quantitativa, é posterior ao problema da própria substância da pena. Até quando se deve admitir para esta determinação posterior outros princípios além do princípio geral da pena, não deixaria esta de continuar a ser o que é. [...]. O valor como equivalência interna das coisas que na sua existência exterior são especificamente muito diferentes é uma noção que aparece já nos contratos, bem como a ação civil contra o crime, e por ela a representação transita da característica imediata da coisa para o universal. No crime em que o caráter indefinido da ação constitui uma determinação fundamental, as determinações específicas exteriores são mais apagadas e a igualdade já apenas pode ser a regra para a essência do que o criminoso merece mas não para a forma exterior desta pena. Só do ponto de vista desta última é que na punição do roubo ou do assassinio a pena pecuniária ou a de prisão são desiguais pois, quanto ao valor, à propriedade comum de constituírem danos, são comparáveis. É então que, como vimos, cumpre à inteligência procurar a aproximação da igualdade de valor. Se não se conceber a virtual conexão interior do crime e do ato que o suprime e não se aperceber, por conseguinte, a ideia do valor e da comparabilidade segundo o valor, acaba-se por apenas se ver, na pena propriamente dita, a ligação arbitrária de um mal com uma ação proibida.²⁴

²² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 91.

²³ Trata-se da ideia de pena como negação da negação (violação do direito), que implica a afirmação do direito: “a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 87-88). Cabe acrescentar que o autor não considera a pena como um mal, tampouco nega finalidades preventivas (relativas) para a pena: “Se o crime e a sua supressão, na medida em que esta é considerada do ponto de vista penal, apenas forem tidos como nocivos, poderá julgar-se irrazoável que se promova um mal só porque um mal já existe [...]. As diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção etc.) ocupam o lugar próprio, até mesmo o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de saber se a pena é justa em si e para si. Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito tem de suprimir-se [...]” (idem, *ibidem*, p. 88-89).

²⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 91-92.

A respeito do pensamento hegeliano, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ esclarece que “o decisivo não é o aspecto externo do delito e da pena (mal que segue a outro mal), mas seu conteúdo simbólico ou comunicativo para o Direito”. E prossegue o autor:

Em virtude desta ideia, deve existir uma equivalência valorativa entre delito e pena, já que a pena é, em essência, um exemplo contra o exemplo do delito. Isso tem uma consequência fundamental: a pena não tem que ser da mesma classe e quantidade que o delito, mas supor uma resposta suficiente ao fato delitivo. Enquanto Kant reduz o Direito Penal ao *ius talionis*, Hegel considera que com a pena se restabelece o ordenamento, pelo que, em essência, não é um mal, mas uma resposta à negação do ordenamento. ... [a pena] é a negação da lesão do Direito que implica todo delito (a pena alcança um sentido dialético-histórico como a negação da negação que supõe o delito). [...].

A pena (a negação da negação) teria sentido porque graças a ela o Direito é mantido como tal Direito [com validade geral], ainda que resulte lesionado. Somente assim se legitima a pena como algo objetivamente racional. ... Priva-se o delinquente de bens para declarar que sua ação delitiva não é o correto e com isso se restabelece simbolicamente o Direito. O delito e a pena permanecem vinculados no plano da razão: o delito é o irracional e a pena restabelece o racional, por isso há de se entender como algo positivo.²⁵

A imposição intencional de sofrimento ou de situação desagradável (componente de valor *negativo*) seria, precisamente, o traço distintivo entre a pena jurídica e outras medidas coativas que o Estado pode adotar, tal como a quarentena: ainda que outras medidas coativas habitualmente gerem sofrimento e efeitos desagradáveis para seus destinatários, tal aspecto seria um mero subproduto e não parte essencial da razão de ser da sua imposição (a situação desagradável seria consequência necessária de uma privação cuja função não estaria relacionada com tal sofrimento). A respeito do componente de valor *negativo*, CARLOS SANTIAGO NINO pondera que:

se tais medidas [outras medidas coativas adotadas pelo Estado, como a quarentena], por hipótese (e supondo que isso fosse possível), fossem despojadas de seus aspectos desagradáveis, ou fossem complementadas com uma compensação adequada pelo sofrimento que implicam, nem por isso perderiam sua razão de ser; diversamente, na

²⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **La pena como institución jurídica**: retribución y prevención general. Buenos Aires: BdeF, 2020. p. 33-36. Tradução livre.

pena, tais modificações afetariam radicalmente a razão mesma de recorrer a ela, de modo que deixaríamos de considerar pena a privação em questão.²⁶

Com a evolução das penas, opera-se um redirecionamento do mecanismo de imposição do sofrimento (componente de valor *negativo*): na atualidade, a noção de sofrimento manipulado não mais se relaciona propriamente com a dor física ou corporal – como sucedia na imposição dos suplícios²⁷ –, mas com a privação de um bem ou direito, tal como a *vida* (pena de morte), a *liberdade* (prisão penal) ou a *propriedade* (penas pecuniárias). Como observa MICHEL FOUCAULT, “a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito”²⁸ – o suplício incidiria não mais sobre o corpo, mas sobre a alma do condenado (punição do incorporeal).

A ideia da privação de um bem (direito), como forma de exprimir a imposição de um “mal”, pode ser igualmente encontrada em HANS KELSEN:

As sanções no sentido específico desta palavra aparecem – no domínio das ordens jurídicas estaduais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal ou – para exprimir o mesmo sob a forma negativa – na privação compulsória de um bem: no caso da pena capital, a privação da vida, no caso das penas corporais, outrora usadas (como a privação da vista, a amputação de uma mão ou da língua), a privação do uso de um membro do corpo, ou o castigo corretivo: a provocação de dores; no caso da pena de prisão, a privação da liberdade; no caso das penas patrimoniais, a privação de valores patrimoniais, especialmente da propriedade. Mas também a privação de outros direitos pode ser cominada como pena: tal a demissão ou a perda dos direitos políticos. Também a execução é a produção compulsória de um mal. Distingue-se, porém, da pena pelo fato de – como costuma dizer-se – ser levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é

²⁶ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 203-204. Tradução livre.

²⁷ MICHEL FOUCAULT esclarece que “o suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas [condenados] e a manifestação do poder que pune” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 32). E esclarece: “o banimento era muitas vezes precedido pela exposição e pela marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite. Não só nas grandes e solenes execuções, mas também nessa forma anexa é que o suplício manifestava a parte significativa que tinha na penalidade; qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício” (idem, *ibidem*, p. 31).

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 18.

dirigida como reação. A chamada indenização do ilícito consiste em pôr termo à situação criada em virtude da conduta contrária ao Direito (situação que, nestes termos, é também contrária ao Direito) e em produzir ou restabelecer uma situação conforme ao Direito.²⁹

O *mal* da pena, portanto, deve ser compreendido como a privação de um *bem* ou direito (vida, liberdade, propriedade), perspectiva que propicia maior objetividade na aferição dos elementos (dados essenciais) do conceito de pena, evitando a abordagem maniqueísta de “bem ou mal”, que nada acrescenta ao escopo da presente pesquisa. Seja considerada um mal, seja considerada um bem, para o conceito de pena (identificação da sua essência) importa mesmo a *privação de direito* nela contida. Essa abordagem permite abarcar, inclusive, as premissas da teoria correcional da pena, que a considera como um bem, na medida em que a simples adição de um mal não se coaduna com a ideia de Direito. A esse respeito, CONCEPCIÓN ARENAL adverte que:

A essência da pena é que seja *boa*, que *faça bem*, porque ninguém, nem indivíduo nem coletividade, tem direito a realizar o mal. O culpado merece a pena na concepção de que deve resultar em seu benefício, porque se fosse de outro modo, como não pode ser moral o fato de prejudicar alguém, ao punir ao culpado se cometeria culpa; em vez de remediar o dano, se aumentaria, e legisladores, leis, força pública e tribunais, teriam por missão consumir a injustiça, agir contra o direito, porque é evidente que não se pode em caso algum atuar para fazer mal, mesmo diante de um malvado. [...] como não se pode roubar ao ladrão sem ser ladrão, nem maltratar ao homem cruel sem o ser, ou temos de ter direito à crueldade e ao roubo, ou temos de ter o dever de sermos probos e humanos com todos os homens, absolutamente com todos. [...].

Se o dever é absolutamente obrigatório, e o fazer mal não pode ser um direito, então o condenado tem um direito a que a pena seja um bem, porque a justiça não é sua nem nossa, senão de todos e sobre todos, nenhum podendo ficar fora dela, a respeito de ninguém, sem ser injusto. [...].

Se o indivíduo não tem direito, em caso algum, a fazer mal, pode tê-lo a coletividade? É evidente que não, porque seria absurdo que a reunião de homens associados para altos fins, o maior poder de força e inteligência, daria por resultado uma debilidade e

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 121-122.

uma imperfeição maior, uma desordem dos princípios de justiça, sancionando a consciência pública o que a individual rechaça, *o direito ao mal*.³⁰

Com efeito, mesmo a teoria correcional da pena, que a compreende “como um verdadeiro benefício para todo o corpo social e para o membro enfermo”, reconhece que o seu aspecto exterior implica a privação de bens ou direitos, “por todos aqueles prejuízos jurídicos e restrições da liberdade que vão inevitavelmente ligados à proteção temporária e à expulsão (*excommunicatio*) do condenado da livre vida social”³¹. CÁRLOS DAVID AUGUSTO RÖDER, contudo, considera que a “impressão desagradável” para o condenado seria algo *accidental*, mas não essencial na pena:

[A pena correcional] nunca aparecerá como um mal, senão àqueles que a considerem de um modo puramente exterior, não percebendo pelo áspero da casca o fruto essencial que ela contém: assim como a criança, que no medicamento mais eficaz, se tem mau sabor, somente encontra uma bebida ingrata e amarga. A impressão, mais ou menos desagradável para o criminoso, da limitação de sua liberdade exterior – ainda que em seu próprio benefício –, que normalmente a pena traz consigo, e especialmente a prisão (impressão que, além de variar ao infinito de acordo com os indivíduos, é absolutamente incalculável e ainda muda necessariamente com o tempo e o hábito), é e não pode menos do que ser sempre coisa *accidental* e subordinada. Se assim não fosse, se o sentimento de dor constituísse algo *essencial* na pena, deveria imprescindivelmente comutar-se a pena tão logo o criminoso começa a compreender que a pena é para ele um bem *moral*, e com isso a se sentir obrigado a agradecer ao Estado: é dizer, quando começa a atuar eficazmente e a prometer os melhores frutos na prossecução de seu fim: consequência que não se pode evitar, por mais que encerre tão *notório desatino*”.³²

Em face dos inconvenientes e imprecisões geradas pelas noções de sofrimento, desprazer, dor e mal (anteriormente analisados), afigura-se-nos mais adequada a concepção de JOHN DAVID MABBOTT, para quem a essência da punição moderna radica na *privação de um*

³⁰ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**, vol. I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1895. p. 250-255. Tradução livre.

³¹ RÖDER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Tradução: Francisco Giner. 3. ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876. p. 264.

³² RÖDER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Tradução: Francisco Giner. 3. ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876. p. 254-255.

bem: a pena de morte, a prisão e a multa são, respectivamente, privações da vida, da liberdade e da propriedade. O mesmo autor pondera: “o mundo é um lugar pior quanto mais mal há nele e talvez mais sofrimento haja nele. Mas não me parece necessariamente um lugar pior sempre que os homens são privados de algo que gostariam de reter; e esta é a essência da punição moderna”³³.

Cabe salientar que a privação de um bem ou direito, contida na pena, deve ser *objetivamente* considerada, ou seja, significar uma limitação compulsória de direitos, que ao menos seja entendida pelo condenado como uma imposição³⁴ (restrição da faculdade de eleição)³⁵ – independentemente da sua representação *subjetiva* (individual), ou seja, de como a pena pode ser percebida pelo condenado. As medidas “que objetivamente cumprem todos os requisitos do castigo podem não ser vivenciadas ou experimentadas como tais pela pessoa concreta à qual se aplica em um caso concreto”³⁶; aquilo que seria, em princípio, um castigo, pode ser experienciado como algo desejado ou querido, em si ou como meio para o fim perseguido: pode-se imaginar um sujeito com tendências masoquistas, que encontra prazer ou satisfação no castigo ou sofrimento (dor); um fanático que busca persistentemente a imposição da pena, para com isso dar visibilidade para a sua causa; um indigente que comete infrações penais apenas para garantir o abrigo e o sustento que encontra na prisão³⁷.

Por isso, a privação de um bem ou direito (castigo, sofrimento, dor ou mal) não pode ser considerada a partir dos seus efeitos subjetivos em cada uma de todas as pessoas que

³³ MABBOTT, John David. **Professor Flew On Punishment**. Philosophy, vol. 30 (n. 114). Cambridge: University Press, 1955. p. 256-265. doi:10.1017/S0031819100034756.

³⁴ Ao cuidar da determinação do seu sentido (que é sanção?), TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. afirma: “podemos dizer que *sanção* designa um fato empírico, socialmente desagradável, que pode ser imputado ao comportamento de um sujeito. A determinação do que é este fato empírico não é de natureza nem linguística nem jurídica, mas psicossociológica. Trata-se de uma reação negativa contra um determinado comportamento, portanto, *avaliada* como um *mal* para quem a recebe. Além de psicossociológica, sua determinação é, pois, também axiológica” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69).

³⁵ “Na medida em que o mal que funciona como sanção – a pena no sentido mais amplo da palavra – deve ser aplicada contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação. Uma ordem normativa que estatui atos de coerção como reação contra uma determinada conduta humana é uma ordem coercitiva” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 28). “Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física” (idem, *ibidem*, p. 121).

³⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

³⁷ BETEGON, Jeronimo. **La justificacion del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 155. Tradução livre.

são punidas (não importa o desejo da pessoa castigada, em particular), mas sob uma perspectiva objetiva ou geral. Em igual sentido, ao analisar o Direito como uma ordem coativa, HANS KELSEN esclarece:

Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento. Como observamos, trata-se, no entanto, de exceções. Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona de sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal.³⁸

Diante de tais considerações – e independentemente da percepção da pena como um “bem”, um “mal” ou apenas algo com um componente de valor negativo –, observa-se que o denominador comum entre todas as concepções analisadas seria, precisamente, a *privação de um bem* (direito) *objetivamente considerado* (primeiro elemento do conceito de pena).

2.2. A existência de uma prévia ofensa jurídica

O *segundo* elemento (dado essencial) do conceito de pena seria a existência de uma prévia ofensa jurídica, consistente na violação de uma norma penal incriminadora. Como pondera JERONIMO BETEGON, “o castigo tem que ser a resposta a uma ação ou omissão prévia; deve ser possível dar razões em favor do castigo, e poder conectar este com a prévia comissão de um tipo de ação ou omissão lesiva parece necessário para discernir casos de castigo e exemplos de vitimização”³⁹. A respeito do requisito da prévia ofensa jurídica, JOHN DAVID MABBOTT afirma:

O “criminoso” significa o homem que tenha violado a lei, não o homem mau; o “inocente” é o homem que não tenha violado a lei em conexão com a qual ele está

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 35-36.

³⁹ BETEGON, Jeronimo. **La justificación del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 156-157. Tradução livre.

sendo castigado, ainda que ele possa ser um homem mau e tenha violado outras leis. [...]. Castigo é o corolário de uma infração legal por parte de um membro da sociedade cuja lei é violada. Isto é um ponto de vista estático e abstrato, mas não vejo como escapar disso.⁴⁰

Em igual sentido, JOHN RAWLS acrescenta: “no que os retribucionistas têm insistido com razão é em que ninguém pode ser castigado, a menos que seja culpável, ou seja, a menos que tenha violado a lei”. E, ao definir a instituição do castigo, o mesmo autor reafirma: “diz-se que uma pessoa sofre castigo quando legalmente se lhe priva de alguns dos direitos normais de todo cidadão, sobre a razão de que tenha violado alguma regra da lei”⁴¹.

Partindo da premissa de ser a pena uma modalidade de resposta estatal (sanção penal) para a violação de uma norma penal incriminadora, infere-se que o seu pressuposto radica na existência de uma conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da *tipicidade*, da *ilicitude* e da *culpabilidade* – para a medida de segurança, bastaria a existência de um injusto penal (tipicidade e ilicitude), por força da premissa da incapacidade de culpabilidade⁴² do sujeito ativo da conduta.

Esse aspecto de resposta estatal (reação) para a violação de uma norma penal incriminadora (prévia ofensa jurídica) ainda permite discernir entre a pena pecuniária e o tributo, a despeito de ambos envolverem a privação coativa de patrimônio (bem ou direito objetivamente considerado). O art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66) define o tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que *não constitua sanção de ato ilícito*, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Com efeito, por ter como fato gerador a mera apuração de um signo de riqueza (propriedade, renda, operações econômicas), o tributo não apresenta o componente do estigma ou da alta reprovação social (sequer constitui sanção de ato ilícito) encontrado nas penas pecuniárias, que têm como pressuposto a violação de uma norma penal

⁴⁰ MABBOTT, John David. **Punishment**. Mind, vol. 48 (n. 190 - abril 1939). Oxford: University Press, 1939. p. 152-167. <https://doi.org/10.1093/mind/XLVIII.190.152>

⁴¹ RAWLS, John. **Two Concepts of Rules**. The Philosophical Review, vol. 64, n. 1, jan-1955, p. 3-32. <https://doi.org/10.2307/2182230>.

⁴² Artigo 26, *caput*, do Código Penal: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Artigo 97, *caput*, do Código Penal: “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

incriminadora, ou seja, conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO esclarece a distinção entre a pena pecuniária e o tributo:

Repete-se, até não poder mais e com acerto, que a pena é a administração deliberada de um mal, produção intencional de um dano a um bem básico do delinquente e limitação de algum direito muito fundamental, como a liberdade ou a propriedade. Mas também tem sido ressaltado muitas vezes que, da mesma forma, os impostos significam retirar coercitivamente de alguém o dinheiro que é seu. E igualmente nos impostos costuma aparecer uma ideia de proporcionalidade. [...]. Qual é a diferença entre impostos e penas, ou, mais especificamente, entre imposto e pena pecuniária, como a multa? O imposto não se justifica como consequência devida pelo que alguém fez. [...].

Acredito que a única forma de conseguir diferenciar esses dois males para o sujeito passivo, o imposto e a pena, é insistir na vinculação entre pena e merecimento pessoal por uma ação pretérita culpável, ainda que admitamos que a pena se justifica, ao menos em boa parte, por razões sociais. Isto é, a finalidade social que dá sentido à pena não pode ocluir a base retributiva como condição para que uma pena possa ser imposta justificadamente. Pois, se assim não for, a pena surge como um ônus que pode ser imputado a qualquer um, culpado ou inocente, e em qualquer proporção, com o objetivo de produzir efeitos sociais desejáveis, sejam eles de arrecadação econômica, maior segurança das pessoas ou de melhor coesão de grupo.

O que exemplos como o dos impostos, de certas sanções civis, de sanções administrativas e tantos outros revelam é que a limitação de direitos e interesses básicos por parte do Estado e com base em normas jurídicas não é, nem de longe, uma peculiaridade exclusiva do direito penal. E também nestas outras áreas é possível contemplar como ao cidadão se inflige intencionalmente um mal ou dano, sempre com uma justificação que não tem o seu eixo em uma maldade intrínseca ou constitutiva do sujeito, mas em razões sociais, embora sempre também com algum elemento limitador do peso ou operatividade dessas razões sociais como motivo para a referida limitação de direitos. Há autores que, com boa razão, têm indicado que os elementos definidores da pena são a imposição de um mal ao sujeito passivo e o componente de reprovação ou estigmatização. Possivelmente o mais característico e específico seja esse componente estigmatizante ou de alta reprovação social, o qual não se dá em coisas como impostos ou mesmo nas sanções administrativas (que às vezes são mais severas do que as penas para muitos delitos).⁴³

⁴³ AMADO, Juan Antonio García. **Retribuição e justificação do castigo penal**. Sobre delitos e castigo: ensaios. Tradução: Caio Badaró Massena. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 164-165.

Parte da doutrina considera que o mencionado componente de estigma ou de reprovação social (conotações morais) seria o fator de distinção entre os conceitos de penalização (*penalty*) e de castigo (*punishment*) – que abrangeria a pena (castigo jurídico):

Há de se distinguir os conceitos de penalização (*penalty*), que engloba tipos muito díspares de medidas coativas, tais como multas, desqualificações, penalizações esportivas; e o castigo (*punishment*), que possuiria conotações morais. A penalização de uma pessoa por infringir alguma norma jurídica constitui um castigo somente quando esta pessoa é considerada culpada moralmente. Ser castigado implica um *stigma*, derivado da condenação moral do ofensor, o que falta quando alguém é apenas penalizado.⁴⁴

JERONIMO BETEGON adverte que não se pretende sugerir que a mera ilicitude moral seja suficiente para que um sistema jurídico lhe atribua uma sanção penal, pois apenas certo tipo de ilicitude moral seria objeto adequado de castigo dentro deste âmbito:

Limite-me, que é o que pode interessar aos efeitos que persigo, a destacar que “castigo” encerra um significado de caráter moral e que uma explicação adequada do mesmo é dependente do conceito de ofensa moral e estreitamente relacionada com sentimentos e juízos sociais de reprovação.⁴⁵

Cabe salientar que as cogitadas ofensas não seriam as dirigidas contra pautas de uma moral pessoal (privada) ou “autorreferente”, mas aquelas que vulneram princípios de uma moral social ou “intersubjetiva”⁴⁶. CARLOS SANTIAGO NINO indica a relação entre as duas dimensões da moral e a proteção do princípio de autonomia da pessoa:

⁴⁴ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 36.

⁴⁵ BETEGON, Jeronimo. **La justificación del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 171-172. Tradução livre.

⁴⁶ JOHN STUART MILL, em *On liberty* (1859), manifesta-se contra a possibilidade de interferência em ações com base em sua mera imoralidade; seria preciso suportar um dano frente aos interesses de terceiros (o denominado “princípio do dano”): “O objectivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interacção da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coacção e controlo, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução: Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2019. p. 39-40).

Há, evidentemente, ações que infringem proibições correspondentes a ambas esferas da moral e são, por isso, não apenas objetivamente desvaliosas, mas pessoalmente reprováveis. O princípio de autonomia se apoia, contudo, nesta distinção e estipula que apenas no que diz respeito ao seu desvio da moral interpessoal (e não por seu possível desvio da moral autorreferente) uma ação pode sofrer interferência do Estado ou de outros indivíduos. [...].

Como os princípios da moral intersubjetiva estão dirigidos precisamente a preservar a autonomia dos indivíduos frente a atos de terceiros que a menoscabem, então há razões para que o Estado e outros indivíduos façam valer tais princípios mesmo contra quem não os adota livremente: se isso infringe o princípio de autonomia ao impedir a execução de ações autônomas, está prescrito pelo mesmo princípio de autonomia, já que se trata de tornar possível outras ações autônomas.

Chegamos assim ao segundo aspecto do princípio de autonomia da pessoa: a proibição de que o Estado e os particulares interfiram na livre escolha e materialização de ideais de vida que são parte da moral autorreferente. Então é óbvio que não se dá, neste caso, a mesma razão que havia no caso anterior para impor tais ideais aos indivíduos: aqui não se pode apelar ao princípio de autonomia sobre a base de que é necessário restringir a autonomia de certos indivíduos para preservar a de outros, já que aqui se trata de ações que não afetam a autonomia de terceiros (uma questão distinta, conectada com o paternalismo, é a proibição de ações que podem afetar a autonomia do próprio agente). Portanto, ao não se dar esta razão fundada no próprio princípio de autonomia para impedir a execução de ações autônomas, tais ações recobram seu valor moral *prima facie* que deriva desse princípio.⁴⁷

A existência de uma prévia ofensa jurídica (*segundo* elemento do conceito de pena), portanto, consiste na violação de uma norma penal incriminadora, tendo como pressuposto uma conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da *tipicidade*, da *ilicitude* e da *culpabilidade* – juízo de reprovação social (ofensa moral, referida a uma moral social ou “intersubjetiva”) –, ou seja, a presença de todos os estratos do conceito analítico de crime.

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 229, 234-235. Tradução livre.

2.3. Imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica

A necessidade de uma prévia ofensa jurídica, consubstanciada na violação de uma norma penal incriminadora (responsabilidade subjetiva, que exige dolo ou, excepcionalmente, culpa), naturalmente implica a vinculação *subjetiva* da pena: a sua imposição reclama a qualidade de sujeito ativo da conduta (aspecto retrospectivo da pena). Trata-se de manifestação do princípio da culpabilidade, que estabelece a proibição da responsabilidade objetiva em direito penal⁴⁸, podendo ser identificado no disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴⁹.

Em sua acepção de proibição da responsabilidade objetiva (princípio *versanti in re illicita casus imputatur*: “quem quis a causa, quis o resultado”⁵⁰), o princípio da culpabilidade exclui a imputação pela mera causação de um resultado: a responsabilidade penal somente pode ser deflagrada em face de uma conduta dolosa ou culposa (imputação subjetiva). Essa dimensão da culpabilidade alcança inclusive os casos de incapacidade de culpabilidade determinada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*, do CP), pois a aplicação da medida de segurança pressupõe a anterior comprovação de um injusto penal, ou seja, de conduta dotada dos atributos da tipicidade (dolosa ou culposa) e da ilicitude⁵¹ – fatores de que o legislador infere a periculosidade (art. 97, *caput*, do CP)⁵².

⁴⁸ Em direito penal, a culpabilidade apresenta diferentes funções, podendo assumir uma tripla significação: (i) proibição da responsabilidade objetiva; (ii) estrato do conceito analítico de crime (fundamento da pena); e (iii) limite e medida da pena (arts. 29, *caput*, e 59, *caput*, ambos do CP) (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007. p. 90-91).

⁴⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 32-38.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 120.

⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007. p. 91.

⁵² Em caso de incapacidade de culpabilidade determinada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*, do CP), o art. 97, *caput*, do Código Penal, estabelece um sistema *legal* de aferição da periculosidade: para a aplicação da medida de segurança, basta a comprovação de um injusto penal (tipicidade e ilicitude). Em caso de semi-imputabilidade ou redução da capacidade de culpabilidade determinada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, parágrafo único, do CP), o art. 98 do Código Penal estabelece um sistema *judicial* de aferição da periculosidade: a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança pressupõe a constatação judicial da necessidade de especial tratamento curativo.

Em sede legal, a necessidade da imputação subjetiva pode ser haurida da exigência de dolo e culpa (art. 18, *caput*, I e II, e parágrafo único, do CP)⁵³, bem como da disciplina da agravação pelo resultado, pelo qual somente responde o sujeito que o houver causado ao menos culposamente (art. 19 do CP). O mesmo sucede no erro de tipo essencial: por sempre afastar o dolo (ausência do seu aspecto cognoscitivo), permite-se a punição apenas por culpa – quando incriminada (art. 20, *caput*, do CP) –, mas nunca em caso de erro inevitável, invencível ou escusável⁵⁴.

Trata-se, ainda, de desdobramento do Estado Democrático de Direito e do fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que impõem seja respeitada a essência do conceito de pessoa: “imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*”⁵⁵. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA demonstra a precisa relação observada entre os princípios da culpabilidade, da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade pessoal:

[O princípio da culpabilidade] Contém uma dupla limitação: que não há pena sem culpabilidade e que a pena tem de ser proporcional ao grau de culpabilidade, normal ou diminuída. No aspecto funcional, este princípio está estreitamente conectado aos de necessidade, eficácia e proporcionalidade. [...]. Desde a perspectiva político-constitucional, o princípio da culpabilidade ... é uma plasmação do *princípio da igualdade*, que proíbe tratar igual aos culpáveis e aos inculpáveis ou semiculpáveis.

Este princípio [da responsabilidade subjetiva], que também se pode denominar “princípio do desvalor (subjetivo) da ação”, implica duas exigências: que *não pode*

⁵³ A doutrina costuma indicar algumas situações de responsabilidade objetiva, que ainda estariam presentes em nosso direito penal, tais como a embriaguez não acidental (*actio libera in causa*), voluntária ou culposa (art. 28, II, do CP), a *aberratio ictus* com resultado plural (art. 73, *in fine*, do CP), o crime de rixa qualificada pelos resultados morte ou lesão corporal de natureza grave (art. 137, parágrafo único, do CP), as condições objetivas de punibilidade (v.g., art. 180 da Lei n. 11.101/05 - Lei de recuperação de empresas e falência) e a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, da CF, e arts. 3º, 21 a 24, todos da Lei n. 9.605/98).

⁵⁴ Essa noção pode ser encontrada em ARISTÓTELES, quando afirma que “só quando um ato injusto é praticado voluntariamente pode ser repreendido e simultaneamente determinado como um ato injusto. Portanto, algo pode ser considerado em si uma injustiça e não ter sido ainda convertido num ato injusto, isto é, caso não tenha presente consigo o caráter ‘voluntário’”, assim compreendido “aquele ato que depende de nós e que é praticado em plena consciência, não ignorando, portanto, nem sobre quem é praticado, nem com que instrumento é executado, nem o motivo pelo qual é feito, isto é, por exemplo, saber a quem se bate, com que arma e por que motivo. Nenhum desses elementos estruturais pode ser constituído por acidente ou por coação” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009. p. 118).

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, vol. I (teoria geral do direito penal). Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 245. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 120.

haver pena sem dolo nem imprudência, e que, em caso de haver alguma dessas formas de desvalor da ação, a pena tem de ser *proporcional ao grau de responsabilidade subjetiva*, à gravidade do desvalor subjetivo da ação, pelo que, como regra geral e salvo alguma exceção justificada por peculiaridades de algum delito, a comissão imprudente de um fato não pode ser punida igual, senão menos que a comissão dolosa (inclusive, às vezes, a comissão culposa não é suficientemente grave para que convenha a sua punição). [...].

O princípio da responsabilidade subjetiva está conectado com os princípios de eficácia e necessidade, e, em sua segunda exigência, com o de proporcionalidade, e, portanto, também com a concepção político-constitucional do Estado vinculada aos mesmos. [...].

[O princípio da responsabilidade pessoal] Significa que somente se pode responder pelos fatos próprios e não pelos fatos alheios em que não tenha qualquer influência nem responsabilidade (por deveres de controle) o sujeito. Normalmente se vincula este princípio aos de culpabilidade e responsabilidade subjetiva, mas realmente significa já a exigência de um autêntico *injusto típico*, de realização pessoal – direta ou mediata – ou de colaboração pessoal em um tipo de injusto, com sua parte tanto objetiva como subjetiva; é dizer, trata-se da exigência de *autoria ou participação*.⁵⁶

A culpabilidade pelo cometimento de um injusto penal, segundo uma perspectiva retribucionista, seria requisito *lógico* para a existência da pena (possibilidade da punição); segundo uma perspectiva utilitarista, seria requisito *moral* para a justificação da pena (necessidade da punição). O retribucionista se preocupa com a questão acerca de quando *podemos* punir; o utilitarista, com a questão de quando *devemos* punir: “a diferença de força que pode ser apreciada em uma e outra forma de expressar a necessidade do requisito da culpabilidade corresponde com o distinto tipo de relação que descreve: lógica e moral, respectivamente”⁵⁷. Para MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA e FERNANDO FALCÓN Y TELLA:

“trata-se de uma disquisição doutrinária sobre a maior ou menor importância que outorgamos ao requisito da culpabilidade: ou é essencial, *conditio per quam* do castigo, razão suficiente do mesmo; ou é razão necessária, mesmo que insuficiente, *conditio sine qua non*. Para alguns, castigar um inocente não é castigo nem pode receber o nome de tal, senão, como muito, o de vitimização. Estaríamos diante de um

⁵⁶ PEÑA, Diego-Manuel Luzón. **Curso de derecho penal**: parte general I. Madrid: Universitas, 1996. p. 86-89. Tradução livre.

⁵⁷ BETEGON, Jeronimo. **La justificacion del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 176. Tradução livre.

problema essencial, de definição, conceitual, lógico. O castigo injusto não seria castigo, senão vitimização. Para outros caberia, mesmo que somente fosse conceitualmente, a distinção entre castigos justos e injustos, segundo se aplicam ao culpado ou ao inocente, ainda que no nível moral apenas os primeiros estivessem justificados. Não é que não podemos castigar o inocente, como se de uma *contradictio in terminis* se tratasse, senão que não devemos fazê-lo, porque nem tudo o que podemos fazer, no plano fático, devemos fazê-lo no plano ético. Em nossa opinião o mais adequado seria dar um conceito *amplo* de castigo, que incluía, mesmo que somente em âmbito gnoseológico e conceitual, o castigo de inocentes, ainda que logo este seja excluído desde o ponto de vista moral, por não estar eticamente justificado. O merecimento do castigo não afeta tanto a sua qualidade de tal, mas sim a sua atribuição justa a um sujeito.⁵⁸

A disciplina legal da revisão criminal, especialmente o disposto no art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal (“novas provas de *inocência* do condenado”), evidencia o reconhecimento jurídico da possibilidade (de fato) da punição de inocentes, concebendo, para tanto, uma ação autônoma de impugnação com carga predominantemente desconstitutiva (constitutiva negativa) da coisa julgada material – acrescida da possibilidade do reconhecimento de erro judiciário, com o consequente direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos (*an debetur*), no bojo da mesma ação, se o interessado o requerer (art. 5º, inciso LXXV, da CF⁵⁹, e art. 630, *caput* e § 1º, do CPP⁶⁰).

O *terceiro* elemento do conceito de pena, portanto, seria a sua imposição ao pretense autor (ou partícipe) da ofensa jurídica – ainda que posteriormente apurada a inocência do condenado e, por conseguinte, a injustiça daquela imposição.

⁵⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37-38.

⁵⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

⁶⁰ Código de Processo Penal, art. 630: “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça”.

2.4. Inflicção intencional por seres humanos distintos do ofensor

A ideia de “imposição” sugere o fator da *intencionalidade* (atividade desejada ou querida) na inflicção da pena. Como anteriormente analisado, a imposição deliberada (proposital) da privação de um bem (direito) integra a essência da pena, sendo precisamente o aspecto que permite o seu distanciamento de outras medidas coativas que o Estado pode adotar, como a quarentena. Em igual sentido, JOHN KLEINIG salienta a necessidade da imposição *deliberada* da punição:

pode-se ver que não basta que o tratamento recebido pela pessoa tenha sido por acaso (*just happened*), algum tipo de imposição (como no caso do sofrimento causado quando o dentista não consegue anestésiar adequadamente o dente de um paciente), ou era mesmo inevitável, mas não intencionalmente, algum tipo de imposição (como em casos de intervenções cirúrgicas em que o uso de anestésicos é impedido pelas circunstâncias). Pelo contrário, deve haver uma imposição deliberada por parte do agente ou da autoridade punitiva.⁶¹

Como anteriormente consignado, a privação de um bem (objetivamente considerada) deve significar uma limitação compulsória de direitos, que ao menos seja entendida pelo condenado como uma imposição (restrição da faculdade de eleição). Por isso, não se cogita de pena e sim de *arrepentimento* quando o sujeito ativo da conduta, voluntariamente, promove a restituição da vantagem indevidamente obtida ou a compensação do mal derivado da ofensa, sem a intervenção da vontade de uma autoridade punitiva⁶² (arts. 16⁶³ e 65, III, b,⁶⁴ ambos do CP) – absoluta ausência de qualquer imposição.

Exige-se, ainda, que a inflicção intencional da pena seja levada a efeito por seres humanos, aspecto que afasta do conceito de pena os desastres naturais, os danos acidentais e o

⁶¹ KLEINIG, John. **Punishment and desert**. Haia: Martinus Nijhoff, 1973. p. 23. Tradução livre.

⁶² BETEGON, Jeronimo. **La justificacion del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 195.

⁶³ Código Penal, art. 16 (arrepentimento posterior): “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

⁶⁴ Código Penal, art. 65 (circunstâncias atenuantes): “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ... III - ter o agente: ... b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; ...”.

castigo *religioso* (de origem *divina*). E seres humanos distintos do ofensor, o que afasta o *autocastigo*, imposto a si mesmo.

O *quarto* elemento do conceito de pena, portanto, seria a sua inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor: nas palavras de THOMAS MCPHERSON, “nenhuma punição não intencional, portanto; nenhuma punição pelo destino; nenhum castigo divino; sem autopunição”⁶⁵.

2.5. Imposição por uma autoridade (institucionalização da pena)

O poder de punir deve ser administrado e exercido por pessoas especialmente designadas pelo sistema de regras jurídicas (institucionalização da pena), ou seja, a pena somente pode ser imposta por quem tenha reconhecida autoridade para tanto (magistrados). Como JERONIMO BETEGON salienta:

Isso fica bastante claro no caso do castigo jurídico e as razões principais já estão contidas nas teorias históricas que se dirigem a justificar a origem da sociedade política, argumentos que destacam as características da natureza humana que dificultam a aspiração a nos convertermos em juízes imparciais de nossas próprias causas e que estão na base de uma explicação correta do que significa um sistema jurídico avançado.⁶⁶

O ordenamento jurídico estabelece as regras de investidura (jurisdição) e de competência, com a predeterminação da autoridade competente (juiz natural) para o processo e o julgamento dos casos concretos (CF, art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), evidenciando, assim, a necessidade da imposição das penas por uma autoridade – institucionalização da pena (*quinto* elemento do conceito de pena).

⁶⁵ MCPHERSON, Thomas. **Punishment: definition and justification**. Analysis, vol. 28 (n. 1 - outubro 1967). Oxford: University Press, 1967. p. 21-27. <https://doi.org/10.1093/analys/28.1.21>

⁶⁶ BETEGON, Jeronimo. **La justificacion del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 201. Tradução livre.

Capítulo II

As medidas socioeducativas

1. Aspectos gerais

As medidas socioeducativas consubstanciam resposta estatal (reação) para a violação de uma norma penal incriminadora, por conduta imputada a um sujeito ativo *adolescente* – assim considerado a pessoa com doze anos completos, mas ainda menor de dezoito anos de idade (art. 2º, *caput*, do ECA⁶⁷). Como se observa, a incidência das medidas socioeducativas depende da conjugação de dois requisitos: (i) requisito *objetivo*: a aplicação de uma medida socioeducativa pressupõe a comprovação de ato infracional, assim considerado “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103 do ECA⁶⁸); e (ii) requisito *subjetivo*: o ato infracional deve ter sido praticado por adolescente (art. 112, *caput*, do ECA⁶⁹), pois as crianças apenas se sujeitam a medidas de proteção (modelo de absoluta irresponsabilidade: arts. 105⁷⁰ e 101⁷¹, ambos do ECA).

O art. 112, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) enumera, em rol exaustivo (princípio da estrita legalidade), as medidas socioeducativas em ordem crescente de severidade: advertência (inciso I), obrigação de reparar o dano (inciso II), prestação de serviços à comunidade (inciso III), liberdade assistida (inciso IV), inserção em regime de semiliberdade (inciso V) e internação em estabelecimento educacional (inciso VI).

⁶⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 2º, *caput*: “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”.

⁶⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

⁶⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, *caput*: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao *adolescente* as seguintes medidas: [...]”.

⁷⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 105: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

⁷¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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 serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do 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; [...]”.

De acordo com o grau de intervenção estatal sobre a liberdade de locomoção do adolescente, as medidas socioeducativas podem ser agrupadas em duas categorias (art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase⁷²): (i) medidas em *meio aberto* (não privativas da liberdade): advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida; e (ii) medidas *privativas da liberdade*: semiliberdade e internação.

2. As medidas socioeducativas e os elementos (dados essenciais) do conceito de pena

A partir da consideração dos elementos (dados essenciais) do conceito de pena, abordados no Capítulo I, analisaremos o regime jurídico estabelecido para as medidas socioeducativas, com o escopo de identificar a presença / ausência daqueles traços fundamentais.

2.1. A privação de um bem (direito) objetivamente considerado

Em seu aspecto ontológico (carga de sanção), as medidas socioeducativas apresentam grande similaridade com as penas cominadas no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (privação de um bem ou direito objetivamente considerado). Buscando apurar a correspondência entre penas e medidas socioeducativas, apreciaremos cada qual das modalidades de resposta estatal contidas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

2.1.1. Advertência

A medida socioeducativa de *advertência* constitui a medida socioeducativa mais branda (art. 112, I, do ECA⁷³), recomendada para atos infracionais de pequena gravidade, e

⁷² Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, § 3º: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

⁷³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; [...]”.

consiste em “admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada” (art. 115 do ECA⁷⁴) pelo Juiz da Infância e da Juventude, pelo órgão de execução do Ministério Público, pelo adolescente e por seus pais ou responsável, em audiência admonitória designada para tal fim. A respeito da carga de sanção contida na medida socioeducativa de advertência, MIGUEL MOACYR ALVES LIMA pondera que:

De modo geral, o “ato de advertir”, no sentido de “admoestar”, contém em sua estrutura semântica um componente *sancionatório*. Ainda quando externada informalmente, toda “advertência” representa, em última instância, um *ato de autoridade* e pressupõe que, numa dada relação social, alguém detém a faculdade de se impor a outrem (orientando, inculcando valores, induzindo comportamentos etc.), mesmo contra a vontade daquele contra quem ou em relação a quem essa faculdade é exercida. Queiramos ou não, esse aspecto *constrangente* do ato de advertir, como fenômeno social de imposição e de comando, de condução ou de orientação, é um *dado da realidade*. Não pode nem deve ser objeto de ocultação ou disfarce, sob pena de alienar-se sua verdadeira compreensão e, conseqüentemente, sua adequada operacionalização como modalidade de medida socioeducativa. Podem-se abrandar os gestos, o tom da voz, mas nada disso implicará que a *advertência* deixe de ser uma técnica de controle social, praticada no interior de uma relação de poder específica. Por mais que se deseje mascarar o reconhecimento de que o “ato de advertir” contém um suporte repressivo/opressivo, não é possível recusar plenamente a ideia e a observação de que ele traduz um fato sociopolítico, ou seja, a materialização do poder *na sociedade* e do poder *da sociedade* sobre os indivíduos.⁷⁵

Em relação ao procedimento (forma) da medida socioeducativa de advertência, impõe-se a observância de determinado grau de solenidade para o atingimento dos objetivos colimados pelo ato processual: “o caráter intimidatório se perfaz com a leitura do ato infracional na presença dos responsáveis legais pelo adolescente autor do ato infracional, e o caráter pedagógico pressupõe um procedimento ritualístico, com vistas a obter do adolescente um comprometimento de que tal fato não se repetirá”⁷⁶.

⁷⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 115: “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

⁷⁵ LIMA, Miguel Moacyr Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 805-806.

⁷⁶ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

Trata-se de resposta estatal que encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, especificamente no preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas)⁷⁷.

2.1.2. Reparação do dano

Tratando-se de ato infracional com reflexos patrimoniais, o Juiz da Infância e da Juventude poderá determinar, se for o caso, que o adolescente promova a *reparação do dano* (art. 112, II, do ECA⁷⁸), por meio de: (i) restituição da coisa; (ii) ressarcimento do dano; ou (iii) compensação do prejuízo da vítima, por outra forma (art. 116, *caput*, do ECA⁷⁹).

Evidentemente, no momento da aplicação da medida socioeducativa (determinação da sua qualidade ou modalidade), o Juiz da Infância e da Juventude deve levar em conta a capacidade do adolescente para o seu cumprimento (art. 112, § 1º, do ECA⁸⁰): (i) quando a reparação do dano puder ser alcançada mediante a mera *restituição da coisa* (objeto material da conduta), a capacidade de cumprimento independe da capacidade econômica do adolescente; (ii) quando a mera restituição da coisa não for pertinente (impossibilidade ou insuficiência), cabe perquirir a capacidade econômica do adolescente para promover o *ressarcimento do dano* (v.g., adolescente que percebe remuneração oriunda de trabalho

⁷⁷ Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), art. 28: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - *advertência* sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”.

⁷⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] II - obrigação de reparar o dano; [...]”.

⁷⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 116, *caput*: “Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.

⁸⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

especial⁸¹, protegido⁸² ou educativo⁸³); (iii) em caso negativo, pode-se ainda cogitar de o adolescente, por outra forma, *compensar* o prejuízo da vítima (cláusula geral de encerramento, que enseja a abertura da norma) – v.g., a prestação de serviços, como forma de compensação dos danos suportados pelo ofendido (nesse caso, a prestação de serviços requer a concordância do adolescente infrator⁸⁴).

Em caso de manifesta impossibilidade (superveniente) de o adolescente cumprir a medida socioeducativa de reparação do dano anteriormente aplicada, admite-se a sua substituição por outra adequada (arts. 116, parágrafo único⁸⁵, e 113⁸⁶, ambos do ECA), agora em sede de execução⁸⁷. Como se percebe, o art. 116, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), disciplina a “manifesta impossibilidade” *superveniente*, pois

⁸¹ O art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, contempla o direito ao trabalho especial, em regime de aprendizagem, a partir de quatorze anos de idade, nos seguintes termos: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

⁸² O art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, contempla o direito ao trabalho protegido (com proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre), a partir de dezesseis anos de idade, nos seguintes termos: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

⁸³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 68: “O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada. § 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo. § 2º *A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo*”.

⁸⁴ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 105.

⁸⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 116, parágrafo único: “Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.

⁸⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 99 do mesmo diploma legal, inserido em Capítulo que dispõe sobre as medidas específicas de proteção, estabelece: “As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como *substituídas* a qualquer tempo”.

⁸⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43: “A reavaliação da manutenção, da *substituição* ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. § 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos: I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente. § 2º A autoridade judiciária poderá indeferir o pedido, de pronto, se entender insuficiente a motivação. § 3º Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei. § 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser: I - fundamentada em parecer técnico; II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei”.

a impossibilidade originária (apurada ainda na fase de conhecimento do procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente) logicamente não ensejaria a *substituição* da medida socioeducativa de reparação do dano, mas simplesmente a aplicação de medida socioeducativa diversa – situação disciplinada no *caput* do mesmo dispositivo legal (“a autoridade *poderá* determinar, *se for o caso ...*”).

Importante salientar que a medida socioeducativa de reparação do dano constitui resposta estatal (sanção penal juvenil ou pena especial) ao cometimento de ato infracional e, portanto, encontra-se submetida ao princípio constitucional da personalidade (responsabilidade pessoal) ou intranscendência da pena⁸⁸ (art. 5º, XLV, da CF⁸⁹) – tanto assim que, em caso de manifesta impossibilidade (superveniente) de o adolescente cumprir a medida socioeducativa de reparação do dano (anteriormente aplicada), o art. 116, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece como solução a *substituição* da medida por outra adequada (art. 113 do ECA⁹⁰ e art. 43, *caput*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase⁹¹). Em outras palavras: a medida socioeducativa de reparação do dano (arts. 112, II, e 116, ambos do ECA) não se confunde com a responsabilidade civil objetiva dos pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, estabelecida no art. 932, inciso I, do Código Civil⁹². A respeito da responsabilidade pessoal do adolescente, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA leciona:

Discorda-se daqueles que entendem que, se o adolescente não tiver condições de pagar, *poderá* fazê-lo o responsável legal. Tal compensação do prejuízo resultaria da

⁸⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR se referem a uma transcendência mínima, pois “é impossível que a pena não transcenda do condenado (a família sofre uma queda social; seus dependentes podem acabar sem trabalho etc). Por isso, não se trata de proibir a transcendência que, como fenômeno social, é inevitável; trata-se tão somente de reduzi-la ao mínimo possível” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 113-114).

⁸⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

⁹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 99 do mesmo diploma legal, inserido em Capítulo que dispõe sobre as medidas específicas de proteção, estabelece: “As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como *substituídas* a qualquer tempo”.

⁹¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43, *caput*: “A reavaliação da manutenção, da *substituição* ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável”.

⁹² Código Civil, art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]”.

lei civil, da chamada *culpa in vigilando*, matéria totalmente distinta daquela que prevê o Estatuto, que guarda relação com medida de caráter penal. Enquanto medida socioeducativa, tem o objetivo de inculcar no adolescente o alcance de sua conduta, bem como projetar um ensinamento pedagógico da importância do cumprimento da lei.⁹³

Em igual sentido, WILSON DONIZETI LIBERATI reitera ser o adolescente “o responsável exclusivo pela reparação do dano”:

A medida socioeducativa consistente na obrigação de reparar o dano, por si só, tem caráter educativo, pela forma como é executada. Por outro lado, apresenta natureza sancionatório-punitiva, que visa a impor ao adolescente autor de ato infracional uma conduta pessoal e intransferível, que deve ser, se possível, cumprida exclusivamente por ele. O próprio ECA sugere, no parágrafo único do art. 116, a alternatividade de cumprimento da medida quando houver *manifesta* impossibilidade de ser cumprida; a própria lei autoriza sua substituição. O Estatuto foi firme neste aspecto, para expressar que o objetivo da medida é a retribuição pessoal, de caráter punitivo e, ao mesmo tempo, educativo ao adolescente que praticou ilícito penal.⁹⁴

O art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), ainda estabelece como *objetivo* das medidas socioeducativas “a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação”. MANUEL DA COSTA ANDRADE indica os aspectos positivos da imposição da reparação do dano como forma de punição, sob as perspectivas da criminologia e da vitimologia:

Trata-se, em primeiro lugar, duma reação sintonizada com as preocupações de ressocialização do delinquente. Por estimular o sentimento de *justiça* da punição, forçando-o a defrontar-se com o significado lesivo da sua conduta e a assumir os correspondentes sentidos de responsabilidade e de culpa. Por reclamar a adesão e *participação activa* do condenado na execução duma pena, susceptível de valoração positiva nas significações do seu mundo imediato. “O delinquente, refere SCHNEIDER, deixa de ser o mero sujeito passivo dum tratamento punitivo ou terapêutico destinado

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

⁹⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 122.

à modificação da sua conduta... O que reforçará uma *self-image* de membro responsável e valioso da sociedade”.

Em segundo lugar, o delinquente que se empenha na restituição pode provocar nas pessoas que o rodeiam e reagem à sua conduta uma resposta mais positiva do que o cumprimento duma qualquer outra pena. A restituição responsável contrariará decisivamente a eficácia dos estereótipos negativos de *incapaz, doente, anormal* etc. que, por via de regra, condicionam a interacção com o delinquente. Através dela, pode, assim, inverter-se e dar-se conteúdo positivo ao processo de interpretação retrospectiva que toda a *deviance* desencadeia.

Recorde-se ainda, em terceiro lugar, a natureza funcional da interacção entre o delinquente e a vítima como forma de desdramatização e racionalização do conflito e de integração social. A negociação da forma concreta de reparação pode significar, tanto para o delinquente como para a vítima, a alienação em relação ao processo de *deviance* e dos papéis que nele assumiram.

Em síntese, e recorrendo à plasticidade do vocabulário do interaccionismo simbólico e da etnometodologia, parece seguro que, como reacção criminal, a restituição da vítima favorece a posição do delinquente na retórica da respeitabilidade. Basta, para tanto, ter em conta as duas variáveis fundamentais que, já o vimos, condicionam a aquisição dum *social self* respeitável: as *impressões*, isto é, as definições apresentadas ou comunicadas às suas audiências pelo actor sobre ele próprio; e a *identidade* atribuída e comunicada pelas audiências ao actor, em resposta às impressões por ele simbolizadas.⁹⁵

O modelo de responsabilidade penal comum dos adultos não contempla a reparação do dano (económico⁹⁶) propriamente como pena (efeito penal principal), mas como efeito extrapenal genérico da condenação penal (art. 91, I, do CP⁹⁷). SÉRGIO SHIMURA esclarece a distinção entre a reparação do dano como medida socioeducativa (sanção penal juvenil ou pena especial) e como efeito extrapenal genérico (anexo) da condenação penal:

⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra, 1980. p. 249-251.

⁹⁶ A reparação do dano pode não ser económica, como ocorre em caso de *retratação do agente* em crimes de calúnia, difamação (art. 143, *caput*, do CP) e falso testemunho (art. 342, § 2º, do CP), ensejando a declaração de extinção da punibilidade (art. 107, VI, do CP) (FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima de crime**. Justitia, ano 53, vol. 156, out./dez. 1991. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1991. p. 25-34).

⁹⁷ Código Penal, art. 91: “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [...]”.

Independentemente de serem consideradas como “sanção penal”, o juiz pode determinar o *ressarcimento do dano* (art. 116, ECA) Neste caso, a obrigação de reparar o dano não se constitui em efeito “anexo” da sentença, nem automático, como poderia supor o art. 91, CP, uma vez que encerra espécie própria de medida socioeducativa.

A medida tem finalidade pedagógica e ressocializadora, mas não deixa de lado a sua natureza sancionatório-punitiva. O adolescente infrator é inimputável, mas tem *responsabilidade*.

[...]. O adolescente infrator *responde* por seus atos, submetendo-se às medidas socioeducativas, de inescondível caráter *penal especial*.

A medida socioeducativa tem natureza sancionatória e pedagógica, portanto de feição *personalíssima e intransferível*.⁹⁸

A reparação do dano (econômico) ainda pode ser alcançada, ainda que parcialmente, por meio da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em *prestação pecuniária* – propriamente dita (pagamento em dinheiro) ou inominada (prestação de outra natureza) –, tendo como beneficiário o ofendido ou seus dependentes (art. 45, §§ 1º e 2º, do CP⁹⁹). SALO DE CARVALHO pontua que “a natureza indenizatória é perceptível pelo fato de a segunda parte do dispositivo legal [art. 45, § 1º, do CP] prever que o valor pago será deduzido daquele fixado em eventual condenação em ação de reparação de dano civil se coincidentes os beneficiários”¹⁰⁰.

Em que pese a possibilidade de a prestação pecuniária ensejar a reparação do dano (quando destinada ao ofendido ou seus dependentes), observa-se uma significativa distinção entre o regime jurídico da pena restritiva de direitos (efeito penal principal da condenação penal) e da obrigação de reparação civil (efeito extrapenal genérico da condenação penal): em

⁹⁸ SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 314-315.

⁹⁹ Código Penal, art. 45: “[...] § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”.

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 522-523.

caso de morte do agente, opera-se a extinção da punibilidade (art. 107, I, do CP)¹⁰¹, por força do princípio constitucional da personalidade (responsabilidade pessoal) ou intranscendência da pena; diversamente, a obrigação de reparação civil *ex delicto* admite sucessão, observado o limite das forças do patrimônio transferido pelo *de cuius* (art. 5º, XLV, da CF¹⁰²).

Infere-se, portanto, que a medida socioeducativa de reparação do dano (arts. 112, II, e 116, ambos do ECA), enquanto resposta estatal (sanção penal juvenil ou pena especial) ao cometimento de ato infracional, encontra correspondência na pena restritiva de direitos de *prestação pecuniária* (efeito penal principal da condenação penal), cominada no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (art. 45, §§ 1º e 2º, do CP¹⁰³).

2.1.3. Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais (art. 117, *caput*, do ECA). As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas de modo a não prejudicar a frequência escolar ou a jornada normal de trabalho (art. 117, parágrafo único, do ECA). Cabe recordar que a proibição da prestação de trabalho forçado (art. 5º, XLVII, *c*, da CF¹⁰⁴, e art. 112, § 2º, do ECA¹⁰⁵) não se confunde com a prestação de serviços à comunidade:

¹⁰¹ O mesmo sucede com as medidas socioeducativas: Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 46: “A medida socioeducativa será declarada extinta: I - pela morte do adolescente; [...]”.

¹⁰² Constituição Federal, art. 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹⁰³ Código Penal, art. 45: “[...] § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”.

¹⁰⁴ Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII: “não haverá penas: ... c) de trabalhos forçados; [...]”.

¹⁰⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 2º: “Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado”.

Esta tem forte apelo comunitário, é executada em consonância com as aptidões do adolescente, além de ser trabalho livre, enquanto aquele é feito a ferros e sem qualquer interesse reeducativo, senão o de se tornar um *plus* de punição.

A medida jamais poderá consistir em tarefas humilhantes ou discriminatórias. Se o trabalho for executado em um hospital, por exemplo, não deverá ter o adolescente uniforme distinto daquele utilizado pelos demais funcionários, para que não possa ser facilmente identificado e, com isso, ser estigmatizado.¹⁰⁶

Trata-se de resposta estatal que encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente nos arts. 43, inciso IV¹⁰⁷, e 46¹⁰⁸, ambos do Código Penal. Diversamente do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, em que as penas restritivas de direitos são *substitutivas* das penas privativas de liberdade (art. 44, *caput*, do CP), com a mesma duração (art. 55 do CP¹⁰⁹), a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade é aplicada de forma *originária* (direta), pelo prazo máximo de seis meses (art. 117, *caput*, do ECA¹¹⁰), a ser estabelecido de acordo com as circunstâncias e a gravidade do ato infracional (art. 112, § 1º, do ECA¹¹¹) – as tarefas serão cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e

¹⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 212-213.

¹⁰⁷ Código Penal, art. 43: “As penas restritivas de direitos são: [...] IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; [...]”.

¹⁰⁸ Código Penal, art. 46: “A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada”.

¹⁰⁹ Código Penal, art. 55: “As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46”. Em caso de pena superior a um ano, faculta-se ao condenado cumprir a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade originalmente aplicada (art. 46, § 4º, do CP).

¹¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 117, *caput*: “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”.

¹¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

feriados ou em dias úteis (art. 117, parágrafo único, do ECA¹¹²). Em legislação penal especial, o art. 28 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas) apresenta cominação originária (e não substitutiva) da pena de prestação de serviços à comunidade, que pode ser aplicada pelo prazo máximo de cinco meses e, em caso de reincidência, pelo prazo máximo de dez meses (art. 28, *caput* e §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.343/06).

2.1.4. Liberdade assistida

A liberdade assistida, a despeito de implicar natural restrição de direitos¹¹³ (acompanhamento por orientador), apresenta a grande virtude de preservar a liberdade de locomoção do adolescente como forma de fortalecer os vínculos familiares e comunitários (arts. 113 e 100, *caput*, ambos do ECA¹¹⁴) – sendo, por isso, considerada a “medida de ouro”¹¹⁵ do sistema socioeducativo. A liberdade assistida constitui a mais rigorosa das medidas socioeducativas em meio aberto (art. 112, I a IV, do ECA¹¹⁶), devendo ser adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente (art. 118, *caput*, do ECA¹¹⁷). A esse respeito, WILSON DONIZETI LIBERATI salienta que:

A medida socioeducativa de liberdade assistida é uma das alternativas que tem a autoridade à privação de liberdade e à institucionalização do infrator. É, no entanto,

¹¹² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 117, 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”.

¹¹³ FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade assistida no Estatuto da criança e do adolescente**: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2010. p. 175.

¹¹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 100, *caput*, do mesmo diploma legal estabelece: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

¹¹⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 160.

¹¹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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; [...]”.

¹¹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 118, *caput*: “A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”.

medida que impõe obrigações ao adolescente de forma coercitiva – ou seja: o jovem está obrigado a se comportar de acordo com a ordem judicial.¹¹⁸

Aplicada a medida socioeducativa de liberdade assistida, deve ser designada pessoa capacitada para o acompanhamento do caso (orientador)¹¹⁹, a quem incumbe, com o apoio e a supervisão da autoridade competente¹²⁰, a realização dos seguintes encargos, entre outros (art. 119 do ECA): 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 (inciso I); supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula (inciso II); diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho (inciso III); apresentar relatório do caso (inciso IV).

Como se percebe, a conformação da medida socioeducativa de liberdade *assistida* (arts. 118 e 119, ambos do ECA) difere da antiga liberdade *vigiada*, adotada pelo Código de Menores Mello Mattos, de 1927 (arts. 92 a 100), e pelo Código de Menores de 1979 – que modificou a sua denominação para “liberdade assistida”, embora mantendo a finalidade de vigilância (art. 38¹²¹). Sobre a aludida distinção, ANA MARIA GONÇALVES FREITAS noticia a conclusão apurada no 1º Seminário Latino-Americano de Capacitação e Investigação sobre os Direitos do Menor e da Criança frente ao Sistema de Administração da Justiça Juvenil (San

¹¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126.

¹¹⁹ O art. 118, § 1º, da Lei n. 8.069/90 (ECA) dispõe que “a autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento”. O art. 146 do mesmo diploma legal esclarece que “a autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local”. Assim, da conjugação desses dispositivos legais, infere-se que caberia ao Juiz da Infância e da Juventude a *designação* do orientador (a entidade ou o programa de atendimento somente poderia *recomendar* pessoa capacitada para acompanhar o caso). Contudo, observa-se que o art. 13, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sinase), lei posterior e especial, deslocou a atribuição para a designação do orientador diretamente para a direção do programa de liberdade assistida (“Art. 13. Compete à direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida: I - selecionar e credenciar orientadores, *designando-os*, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida”).

¹²⁰ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 13: “Compete à direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida: I - selecionar e credenciar orientadores, *designando-os*, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida; II - receber o adolescente e seus pais ou responsável e orientá-los sobre a finalidade da medida e a organização e funcionamento do programa; III - encaminhar o adolescente para o orientador credenciado; IV - *supervisionar* o desenvolvimento da medida; e V - avaliar, com o orientador, a evolução do cumprimento da medida e, se necessário, propor à autoridade judiciária sua substituição, suspensão ou extinção. Parágrafo único. O rol de orientadores credenciados deverá ser comunicado, semestralmente, à autoridade judiciária e ao Ministério Público”.

¹²¹ Lei n. 6.697/79 (Código de Menores), art. 38: “Aplicar-se-á o regime de liberdade assistida nas hipóteses previstas nos incisos V e VI do art. 2º desta Lei, para o fim de *vigiar*, auxiliar, tratar e orientar o menor. Parágrafo único. A autoridade judiciária fixará as regras de conduta do menor e designará pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso”.

José, Costa Rica, 1987): “Cabe fazer a diferença de objetivos entre a liberdade vigiada (controle sobre a conduta do menor) e a liberdade assistida (criação de condições para reforçar vínculos entre o menor, seu grupo de convivência e sua comunidade)”.¹²² Como esclarece ALYRIO CAVALLIERI, a antiga medida de liberdade vigiada era preponderantemente orientada pelo escopo de “eliminação da reincidência”:

A liberdade vigiada teve origem em Boston, em 1878, sob a denominação de *probation*. Suspensa a pena, fica o condenado em período de prova (*probation*). Desde a primeira lei que dela tratou, a medida variou desde punição a terapia. [...]. Consiste em submeter-se o menor, após sua entrega aos responsáveis, ou liberação de internato, à vigilância, com o fim de impedir uma reincidência e obter-se a certeza da reeducação.

Em tese, a liberdade vigiada elimina a reincidência.

Vigiado, o menor – e não nos esqueçamos de que o sistema de “*probation*” começou e continua com maiores – não terá mais oportunidade de má convivência, de procedimento reprovável e sua recuperação está assegurada.¹²³

ELIAS CARRANZA igualmente sublinha a mudança de perfil da antiga liberdade vigiada para a atual medida socioeducativa de liberdade assistida:

O conceito de liberdade assistida não é totalmente novo. No entanto, os arts. 118 e 119 do Estatuto põem ênfase na palavra “assistida”, entendendo os adolescentes já não como objetos de vigilância e controle – caso da liberdade vigiada – senão como sujeitos livres e em desenvolvimento, que requerem apoio ou assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolverem à plenitude.

Trata-se de uma medida judicial de cumprimento obrigatório para o adolescente que dela é sujeito. No entanto, pela natureza da medida, considera-se importante que esta se realize com o maior grau possível de voluntariedade e ativo protagonismo do adolescente, tendo como objetivo não só evitar que este seja novamente objeto de ação do sistema de Justiça Penal mas, também, apoiá-lo primordialmente na construção de um projeto de vida. [...]. Assim se procura que a liberdade, bem exercida, como valor em si mesma, atue como principal elemento socializante.¹²⁴

¹²² FREITAS, Ana Maria Gonçalves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 823-824.

¹²³ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 163-164.

¹²⁴ CARRANZA, Elias. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.

De acordo com a Resolução n. 119, de 11 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), na medida socioeducativa de liberdade assistida, a intervenção e a ação socioeducativa devem estar estruturadas com ênfase na vida social do adolescente (família, escola, trabalho, profissionalização e comunidade), possibilitando, assim, o estabelecimento de relações positivas: o programa deve ser o catalisador da integração e inclusão social desse adolescente. São apresentados dois modelos de execução da medida socioeducativa de liberdade assistida: (i) Liberdade Assistida Comunitária (LAC), em que cada técnico tem, sob seu acompanhamento e monitoramento, o máximo de vinte orientadores comunitários (cada orientador comunitário acompanha, simultaneamente, o máximo de dois adolescentes); (ii) Liberdade Assistida Institucional (LAI), em que os técnicos, contratados pela instituição executora, acompanham diretamente os adolescentes, não existindo a figura do orientador comunitário (cada técnico acompanha, simultaneamente, o máximo de vinte adolescentes).

A liberdade assistida deve ser aplicada pelo prazo *mínimo* de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada (manutenção da medida), revogada (extinção da medida: art. 46, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹²⁵) ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor (art. 118, § 2º, do ECA¹²⁶, e arts. 42¹²⁷ e 43¹²⁸, ambos da Lei

824-825.

¹²⁵ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 46: “A medida socioeducativa será declarada extinta: [...] II - pela realização de sua finalidade; [...]”.

¹²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 118, § 2º: “A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor”.

¹²⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável. § 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária. § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

¹²⁸ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43: “A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. § 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos: I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente. § 2º A autoridade

n. 12.594/12 - Sinase). ANA MARIA GONÇALVES FREITAS entende que “nada obsta a que a alteração aconteça antes de findo o semestre, desde que atingidos os objetivos da medida imposta. O prazo aludido tem cunho preferencial, e não peremptório”¹²⁹.

De acordo com a Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), a medida socioeducativa de liberdade assistida deve ser reavaliada no máximo a cada seis meses (art. 42, *caput*¹³⁰), podendo a reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto e do respectivo plano individual ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável (art. 43, *caput*¹³¹).

Em que pese a ausência de previsão legal do prazo *máximo* da medida socioeducativa de liberdade assistida, entendemos que, em caso de manutenções (prorrogações) sucessivas, deve incidir o limite legal de três anos estabelecido para a medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA¹³²), considerada a mais severa do sistema de responsabilidade especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹³³. Diversamente, parte da doutrina considera que a medida socioeducativa de liberdade assistida não comporta prazo máximo, podendo ser mantida (prorrogada) enquanto houver necessidade

judiciária poderá indeferir o pedido, de pronto, se entender insuficiente a motivação. § 3º Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei. § 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser: I - fundamentada em parecer técnico; II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei”.

¹²⁹ FREITAS, Ana Maria Gonçalves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 824.

¹³⁰ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, *caput*: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável”.

¹³¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43, *caput*: “A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável”.

¹³² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 3º: “Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”.

¹³³ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 176. SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 143.

de acompanhamento, auxílio e orientação para o adolescente¹³⁴ – aplicar-se-ia apenas o limite etário de o sujeito passivo da medida socioeducativa alcançar vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º, do ECA¹³⁵, e Súmula n. 605 do STJ¹³⁶), barreira intransponível para a incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Trata-se de resposta estatal que encontra correspondência no *livramento condicional*, disciplinado no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (arts. 83 a 90, todos do CP), que consubstancia forma de cumprimento da pena (substitutivo ou sucedâneo penal), mediante antecipação da liberdade (ainda que sob condições ou restrições), representando a etapa final de um regime progressivo de execução da pena privativa de liberdade¹³⁷. Acerca da origem do livramento condicional e da sua aplicação aos “menores”, ANÍBAL BRUNO leciona:

O livramento condicional pode incluir-se nos movimentos de reforma penitenciária iniciados por MACONCHIE, na Austrália, e CROFTON na Irlanda, ambos encaminhados a promover a recuperação moral e social do criminoso e a sua libertação antecipada sob vigilância, como período de prova à reintegração na vida livre juridicamente ordenada. [...]. Na França, aliás, dispositivos de lei faziam aplicar desde 1832 a menores detentos providência desse gênero, estendida por lei de 1850 a jovens recolhidos a colônias penitenciárias.¹³⁸

Discordamos, por isso, daqueles que vislumbram maior similitude com o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*), disciplinado nos arts. 77 a 82, todos do Código Penal¹³⁹. A liberdade assistida implica o *cumprimento* de medida socioeducativa em meio

¹³⁴ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 128. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 184. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109.

¹³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 5º: “A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”.

¹³⁶ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, *inclusive na liberdade assistida*, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume I (parte geral). 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 714-715.

¹³⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 191.

¹³⁹ A respeito da medida socioeducativa de liberdade assistida, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA afirma: “Trata-se de um substitutivo penal, à semelhança do sistema do *probation system*, e que, na legislação aplicável aos adultos, recebeu o nome de suspensão condicional da pena (*sursis*). Na legislação penal comum, o instituto foi introduzido em 1924, por decreto governamental, baseado no modelo similar franco-belga. É mais ou menos do mesmo período a inserção na legislação juvenil; o sistema foi introduzido no Código de Menores de 1927 com o nome de

aberto, tal como o livramento condicional constitui forma de cumprimento da pena (mediante antecipação da liberdade) – não se trata de suspensão da execução da pena privativa de liberdade. Ademais, a essência da medida socioeducativa de liberdade assistida radica nas finalidades de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente (art. 118, *caput*, do ECA¹⁴⁰), tal como o livramento condicional, em que a observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de *proteger* o beneficiário, *orientando-o* na execução de suas obrigações e *auxiliando-o* na obtenção de atividade laborativa, a par de fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício (art. 139, *caput*, I e II, da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal¹⁴¹) – a suspensão condicional da pena (*sursis*) enseja uma atividade de mera *fiscalização* do cumprimento das condições impostas (atuação passiva, não direcionada ao acompanhamento, auxílio e orientação), a teor do disposto no art. 158, §§ 3º a 6º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal)¹⁴².

liberdade vigiada. Já no Código de 1979 recebeu o nome de liberdade assistida, denominação que permanece no Estatuto” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 214).

¹⁴⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 118, *caput*: “A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”.

¹⁴¹ Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), art. 139: “A observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de: I - fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício; II - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa. Parágrafo único. A entidade encarregada da observação cautelar e da proteção do liberado apresentará relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos artigos 143 e 144 desta Lei”.

¹⁴² Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), art. 158: “Concedida a suspensão, o Juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência prevista no artigo 160 desta Lei. [...]. § 3º A *fiscalização* do cumprimento das condições, reguladas nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o Juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas. § 4º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade *fiscalizadora*, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive. § 5º A entidade *fiscalizadora* deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições. § 6º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao Juiz e à entidade *fiscalizadora* do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente”.

2.1.5. Semiliberdade

A semiliberdade constitui medida socioeducativa *privativa da liberdade* (implica institucionalização¹⁴³), situada entre a internação (a mais grave) e as medidas em meio aberto – advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida (art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹⁴⁴). Diversamente da internação, a medida socioeducativa de semiliberdade implica uma privação *parcial* da liberdade de locomoção: possibilita a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial (art. 120, *caput, in fine*, do ECA¹⁴⁵), estabelecendo a obrigatoriedade da escolarização e da profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade (art. 120, § 1º, do ECA¹⁴⁶) – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (arts. 113 e 100, *caput*, ambos do ECA¹⁴⁷, e art. 35, IX, da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹⁴⁸). ALESSANDRO BARATTA salienta a importância de tais aspectos na medida socioeducativa de semiliberdade:

cabe ressaltar a grande importância da segunda parte do *caput*, onde as atividades externas estão previstas de maneira completamente desvinculada da jurisdição, como objeto de decisão da equipe técnica, exclusivamente inspirada à finalidade da integração social do menor. A mesma importância deve ser atribuída à segunda parte do § 1º, onde a obrigação-direito de escolarização e profissionalização do adolescente está ligada ao dever da autoridade de realizar estas funções fora da instituição, utilizando-se os recursos existentes na comunidade. Isto deve significar duas coisas:

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 829.

¹⁴⁴ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, § 3º: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

¹⁴⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, *caput*: “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, independentemente de autorização judicial*”.

¹⁴⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, § 1º: “São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade”.

¹⁴⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 100, *caput*, do mesmo diploma legal estabelece: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

¹⁴⁸ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: [...] IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo”.

primeiro, a inserção do adolescente em regime de semiliberdade em instituições escolares e de formação profissional “normais”, excluindo-se terminantemente a criação de circuitos especiais para os adolescentes infratores. Em segundo lugar, que, assim como as outras atividades externas, também e sobretudo a frequência à escola deve servir para a integração do menor na sua comunidade natural, isto é, na comarca de origem.¹⁴⁹

O direcionamento para a utilização dos recursos existentes na comunidade (art. 120, § 1º, do ECA¹⁵⁰) atende ao princípio da *incompletude institucional* (intercomplementaridade com outras políticas públicas). A respeito do princípio da incompletude institucional¹⁵¹ e da sua incidência na execução das medidas socioeducativas privativas da liberdade, ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA esclarece:

Bases organizacionais. Dois princípios devem orientar a organização da unidade de internação: a **incompletude institucional** e a **incompletude profissional**. O fundamental, com a observância desses princípios, é evitar que a unidade se estruture como uma “instituição total”, voltada para si mesma, sem comunicação e cooperação com outras organizações, sem arejamento.

A **incompletude institucional** implica a integração permanente com outras organizações afins. A unidade de internação e seu órgão de vinculação administrativa são os responsáveis pela custódia do adolescente, por sua internação. Todos os demais atendimentos ao educando devem ser oferecidos pelos órgãos responsáveis pelas respectivas políticas públicas: saúde, educação, esporte, cultura, lazer, profissionalização, assistência jurídica. Além de organizações governamentais, as organizações não-governamentais devem se somar ao esforço de construção de um atendimento socioeducativo. [...].

¹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 832.

¹⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, § 1º: “São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, *devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade*”.

¹⁵¹ “A completude institucional. Toda internação é uma forma consciente de segregação. Assim, quanto mais completa for a estrutura de um internato, levando-o a não ter que recorrer a recursos institucionais e serviços externos, maior a sua capacidade de segregar. E quanto maior for a capacidade de o internato segregar, maior será a sua capacidade de exercer violência e arbitrariedade sobre os internos. Por isso, nenhum serviço que possa ser realizado por outro órgão deve ser exercido pela instituição responsável pela aplicação da medida de internação. Os funcionários de outras instituições (saúde, educação, trabalho, segurança, esporte, cultura) devem ser rotativos, para não serem absorvidos pela lógica e pelos interesses corporativos da “casa”. Combater a completude institucional, o fortalecimento de instituições totais e investir no fortalecimento da incompletude institucional são o caminho a ser seguido” (COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas**: conceitos e princípios norteadores. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p. 58-59).

A **incompletude profissional** amplia e aprofunda a organização da unidade de internação nos marcos da incompletude institucional, com foco nas equipes de trabalho. O objetivo é assegurar uma rotatividade de pessoal na unidade, possibilitando o desenvolvimento de práticas socioeducativas inovadoras, evitando o desgaste excessivo dos educadores e impedindo a consolidação de grupos e culturas prejudiciais ao funcionamento da unidade. Além de um núcleo básico de pessoal dirigente, técnico e operativo – responsável pela estruturação do trabalho e integração de esforços –, os demais profissionais devem ser rotativos, com atuação por tempo determinado.¹⁵²

Com efeito, a essência da medida socioeducativa de semiliberdade radica na possibilidade da realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial (art. 120, *caput, in fine*, do ECA¹⁵³). As atividades externas abrangem a visitação aos familiares, de grande importância para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (arts. 113 e 100, *caput*, ambos do ECA¹⁵⁴, e art. 35, IX, da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹⁵⁵), propiciando concretude aos princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família (art. 100, parágrafo único, IX e X, do ECA¹⁵⁶). Como forma de estabelecer um diferencial de tratamento entre as medidas socioeducativas privativas da liberdade (semiliberdade e internação com possibilidade de realização de atividades externas), JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA sustenta

¹⁵² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Socioeducação**: estrutura e funcionamento da comunidade educativa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p. 49-51.

¹⁵³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, *caput*: “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, independentemente de autorização judicial*”.

¹⁵⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 100, *caput*, do mesmo diploma legal estabelece: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

¹⁵⁵ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: [...] IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo”.

¹⁵⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 100, parágrafo único: “São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...] 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 isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; [...]”.

que, na semiliberdade, as atividades externas devem ser realizadas *sem* vigilância direta ou monitoramento¹⁵⁷, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do adolescente.

A redação do art. 120, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁵⁸, ao possibilitar a realização de atividades externas, sem qualquer ressalva (em contraposição ao art. 121, § 1º, *in fine*, do ECA: “salvo expressa determinação judicial em contrário”¹⁵⁹), sugere que nenhuma determinação judicial poderia restringir a realização de atividades externas na medida socioeducativa de semiliberdade. Por isso, prevalece que a medida socioeducativa de semiliberdade “implica necessariamente na possibilidade de realização de atividades externas, vedada determinação em sentido contrário”¹⁶⁰. ALESSANDRO BARATTA igualmente afirma que “no caso da internação como no de semiliberdade é prevista a realização de atividades externas, com a única diferença de que, no primeiro caso, e não no segundo, o juiz pode impedir a realização de tais atividades, através de proibição expressa (art. 121, § 1º)”¹⁶¹. Em igual sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O art. 120 do ECA possibilita a prática de atividades externas pelo menor sob o regime de semiliberdade, sem necessidade de autorização judicial. A restrição imposta pelo magistrado, no sentido de que as visitas aos familiares devam ser realizadas de maneira progressiva e condicionada, constitui constrangimento ilegal, especialmente quando desprovida de fundamentação. O regime de semiliberdade constitui típica medida de caráter socioeducativo, devendo ser priorizado o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Inteligência dos arts. 19 da Lei 8.069/1990 e 227 da Constituição Federal. [...].¹⁶²

Algumas decisões, contudo, admitem a possibilidade de restrição judicial da realização de atividades externas (visitação aos familiares) em sede de execução da medida socioeducativa de semiliberdade:

¹⁵⁷ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 180.

¹⁵⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, *caput*: “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, independentemente de autorização judicial*”.

¹⁵⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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*”.

¹⁶⁰ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

¹⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 829.

¹⁶² STF, 2ª Turma, HC n. 88.639, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 03.10.2006, DJ 24.11.2006.

1. A medida socioeducativa de semiliberdade implica, necessariamente, a possibilidade de realização de atividades externas relativas à escolarização e à profissionalização, sendo dispensável a autorização judicial apenas para a frequência à escola e, se for o caso, ao local de trabalho. Não significa que o adolescente inserido nessa medida possa deixar de recolher-se à respectiva unidade de atendimento no período noturno ou durante os finais de semana, uma vez que é a autoridade judicial a responsável pela fixação das regras para o seu cumprimento, com observância, é claro, dos mesmos direitos do adolescente privado de sua liberdade (Lei 8.069/90, art. 120, § 2º). 2. Portanto, o disposto no art. 120 da Lei 8.069/90 não proíbe a autoridade judicial de impor restrição ao direito do adolescente às saídas nos finais de semana para visita à família (Lei 8.069/90, art. 120, § 2º, e 124, § 2º), benefício que depende de fatores ligados ao caso concreto. [...].¹⁶³

O disposto no art. 120 da Lei n. 8.069/90, que regulamenta a reintegração do jovem infrator à sociedade, possibilita a imposição de restrições às saídas deste nos finais de semana para a visita de seus familiares. Isto porque tal dispositivo não afasta o controle e a fiscalização pelo Judiciário das atividades externas realizadas pelo infrator, quando submetido à medida de semiliberdade. [...].¹⁶⁴

Em qualquer caso, a direção do programa de execução de medida de privação da liberdade pode autorizar a *saída monitorada* do adolescente, com imediata comunicação ao juízo competente, nos casos de tratamento médico, doença grave ou falecimento, devidamente comprovados, de pai, mãe, filho, cônjuge, companheiro ou irmão (art. 50 da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹⁶⁵).

A medida socioeducativa de semiliberdade pode ser determinada por duas vias (art. 120, *caput*, primeira parte, do ECA¹⁶⁶): (i) *originária*: aplicada desde o início (diretamente no juízo de mérito da ação socioeducativa), em sentença sancionatória resultante do processo de conhecimento (arts. 186, § 4º¹⁶⁷, e 189, *a contrario sensu*¹⁶⁸, ambos do ECA); ou (ii) *derivada*:

¹⁶³ STJ, 5ª Turma, HC n. 67.845/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.9.2007, DJ 22.10.2007.

¹⁶⁴ STJ, 5ª Turma, HC n. 44.373/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16.8.2005, DJ 26.9.2005.

¹⁶⁵ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 50: “Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 121 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a direção do programa de execução de medida de privação da liberdade poderá autorizar a saída, monitorada, do adolescente nos casos de tratamento médico, doença grave ou falecimento, devidamente comprovados, de pai, mãe, filho, cônjuge, companheiro ou irmão, com imediata comunicação ao juízo competente”.

¹⁶⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, *caput*: “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, independentemente de autorização judicial”.

¹⁶⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 186, § 4º: “Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida *proferirá decisão*”.

¹⁶⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 189: “A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato ato infracional; IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato

aplicada como forma de transição para o meio aberto (juízo de execução da medida socioeducativa), em substituição (progressão) da medida socioeducativa de internação (art. 121, §§ 2º a 4º, do ECA¹⁶⁹, e arts. 42¹⁷⁰ e 43¹⁷¹, ambos da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

Prevalece que a aplicação originária da semiliberdade, por ocasião da sentença sancionatória resultante do processo de conhecimento (juízo de mérito da ação socioeducativa), prescinde de qualquer das situações definidas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁷², pois tal regra legal limita o cabimento (possibilidade jurídica) apenas da medida socioeducativa de internação:

2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, *diferentemente da hipótese de internação, a medida de semiliberdade não possui requisitos taxativos de aplicação*. Por isso, não há impedimento legal à fixação da medida socioeducativa consistente em semiliberdade desde o início, quando o Juízo da Infância e da Juventude, diante

infracional. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade”.

¹⁶⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...]. § 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 Atendido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida”.

¹⁷⁰ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável. § 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária. § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

¹⁷¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43: “A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. § 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos: I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente. § 2º A autoridade judiciária poderá indeferir o pedido, de pronto, se entender insuficiente a motivação. § 3º Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei. § 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser: I - fundamentada em parecer técnico; II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei”.

¹⁷² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 122, *caput*: “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”.

das peculiaridades do caso concreto, fundamentadamente demonstrar a adequação da medida à ressocialização do adolescente. Precedentes. [...].¹⁷³

1. A aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade não se deve ater ao rol taxativo do art. 122 do ECA, uma vez que sua observância se faz obrigatória apenas nos casos de internação. [...].¹⁷⁴

Ao abordar a extensão e os limites da remissão contida no art. 120, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – “aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação” –, ALESSANDRO BARATTA diverge do entendimento predominante e conclui que se deve “considerar válido também para a semiliberdade o limite de aplicabilidade estabelecido para a internação com os incs. I, II e III do *caput* do art. 122 em relação à gravidade das infrações”¹⁷⁵.

A respeito da dinâmica da medida socioeducativa de semiliberdade, WILSON DONIZETI LIBERATI esclarece:

Geralmente a dinâmica dessa medida se constitui de dois momentos distintos: (a) execução de atividades externas na relação de trabalho e escola, durante o dia, mantendo ampla relação com os serviços e programas sociais e de formação; (b) acompanhamento com o orientador e/ou técnicos sociais durante o período noturno, quando o adolescente deverá recolher-se à entidade de atendimento. Nessa oportunidade os técnicos acompanharão o desenvolvimento do adolescente e informarão ao juiz o progresso e as dificuldades durante a execução da medida.¹⁷⁶

A doutrina denomina “semiliberdade invertida” a adoção da dinâmica oposta, em que a permanência na unidade de atendimento socioeducativo seria cumprida durante o dia, podendo o adolescente pernoitar na residência de sua família¹⁷⁷. A Resolução n. 47, de 6 de dezembro de 1996, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda),

¹⁷³ STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 781.910/PR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.11.2022, *DJe* 28.11.2022.

¹⁷⁴ STJ, 6ª Turma, HC n. 192.269/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 7.4.2011, *DJe* de 4.5.2011.

¹⁷⁵ BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 830.

¹⁷⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida socioeducativa é pena? 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 129.

¹⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 219. RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase**: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42-45.

que regulamenta a execução da medida socioeducativa de semiliberdade (art. 120 do ECA), incorporou o modelo da denominada “semiliberdade invertida” (convívio familiar no período noturno), estabelecendo dois regimes jurídicos distintos:

(i) semiliberdade como *medida socioeducativa autônoma* (art. 120, *caput*, primeira parte, do ECA), de aplicação originária (“desde o início”), diretamente no juízo de mérito da ação socioeducativa (em sentença sancionatória resultante do processo de conhecimento), que admite o convívio familiar no período noturno, sempre que possível, de acordo com o disposto nos arts. 1º e 2º da aludida Resolução:

Art. 1º O regime de semiliberdade, como medida socioeducativa autônoma (art. 120, *caput*, início), deve ser executada de forma a ocupar o adolescente em atividades educativas, de profissionalização e de lazer, durante o período diurno, sob rigoroso acompanhamento e controle de equipe multidisciplinar especializada, e *encaminhado ao convívio familiar no período noturno, sempre que possível*.

Art. 2º A convivência familiar e comunitária do adolescente sob o regime de semiliberdade deverá ser, igualmente, supervisionada pela mesma equipe multidisciplinar.

Parágrafo único. A equipe multidisciplinar especializada incumbida do atendimento ao adolescente, na execução da medida de que trata este artigo, deverá encaminhar, semestralmente, relatório circunstanciado e propositivo ao Juiz da Infância e da Juventude competente.

(ii) semiliberdade como *forma de transição* para o regime aberto (art. 120, *caput*, segunda parte, do ECA), de aplicação derivada, no juízo de execução da medida socioeducativa (em substituição – progressão – da medida socioeducativa de internação), que não comporta, necessariamente, o estágio familiar noturno (a convivência familiar e comunitária integraria as atividades externas do adolescente), de acordo com o disposto nos arts. 3º e 4º da aludida Resolução:

Art. 3º O regime de semiliberdade, como forma de transição para o regime aberto (art. 120, *caput, in fine*), *não comporta, necessariamente, o estágio familiar noturno*.

Art. 4º A convivência familiar e comunitária do adolescente sob o regime de semiliberdade, em transição para o regime aberto, *deverá ser integrada às atividades externas do adolescente*.

O art. 120, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁷⁸, estabelece que a semiliberdade *não* comporta prazo determinado, aplicando-se, no que

¹⁷⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120: “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, independentemente de autorização judicial. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação”.

couber, as disposições relativas à internação. Infere-se, portanto, que a medida socioeducativa de semiliberdade apresenta prazo *máximo* de três anos (art. 121, § 3º, do ECA¹⁷⁹), devendo a sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses (art. 121, § 2º, do ECA¹⁸⁰, e art. 42 da Lei n. 12.594/12 - Sinase¹⁸¹). O art. 43, *caput*, da Lei n. 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), acrescenta que a reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável¹⁸².

Alcançado o limite legal (três anos) de cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade (arts. 120, § 2º¹⁸³, e 121, § 3º¹⁸⁴, do ECA), discute-se a respeito da possibilidade

¹⁷⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 3º: “Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”.

¹⁸⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses”.

¹⁸¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável. § 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária. § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

¹⁸² Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43: “A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. § 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos: I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente. § 2º A autoridade judiciária poderá indeferir o pedido, de pronto, se entender insuficiente a motivação. § 3º Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei. § 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser: I - fundamentada em parecer técnico; II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei”.

¹⁸³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120: “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, independentemente de autorização judicial. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado *aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação*”.

¹⁸⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 3º: “Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”.

da sua substituição por medida socioeducativa de liberdade assistida, nos termos do disposto no art. 121, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁸⁵ – desde que ainda não alcançado o limite geral e intransponível de vinte e um anos de idade. Em interpretação restritiva, ALESSANDRO BARATTA nega a possibilidade de substituição contida no art. 121, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que seria admitida apenas para a medida socioeducativa de internação (não se estenderia para a semiliberdade):

Por outro lado, a remissão [art. 120, § 2º, do ECA] diz respeito ao § 4º [do art. 121 do ECA] só no que tange à obrigação ali estabelecida de liberação do adolescente ao término do período máximo de três anos, mas não no que tange à possibilidade, por parte do juiz, de decidir sobre a transição para uma outra medida (isto é, apenas a liberdade assistida) no momento de determinar a liberação por decorrência do prazo. Trata-se, de fato, de uma consequência não favorável aos interesses e aos direitos do adolescente, que deve ser considerada peculiar da medida de internação. [...].

Parece, por outro lado, possível a passagem da semiliberdade para a liberdade assistida no caso de decisão judicial que faça cessar a primeira medida antes da decorrência do período máximo de duração desta (mas somente nos limites da duração máxima total de três anos), uma vez que se trata de uma situação mais favorável ao adolescente. Está salva, obviamente, a aplicação, sucessiva à cessação, por qualquer razão, da semiliberdade, de medidas de proteção. Neste caso, o título de aplicação não é o inc. VII do art. 112, mas aquele “natural” das medidas de proteção.¹⁸⁶

Em qualquer caso, deve haver *liberação compulsória* do infrator aos vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º, do ECA¹⁸⁷, e Súmula n. 605 do STJ¹⁸⁸), limite legal intransponível para a incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

¹⁸⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121: “§ 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 semiliberdade ou *de liberdade assistida*”.

¹⁸⁶ BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 831-832.

¹⁸⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 5º: “A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”.

¹⁸⁸ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

Por se tratar de medida socioeducativa privativa da liberdade, a semiliberdade se submete aos princípios da excepcionalidade, da brevidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF¹⁸⁹, e arts. 120, § 2º¹⁹⁰, e 121, *caput*¹⁹¹, ambos do ECA), nunca podendo ser aplicada em sede de remissão (art. 127 do ECA¹⁹²).

Trata-se de resposta estatal que encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente no *regime aberto* de cumprimento da pena privativa de liberdade¹⁹³, que se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade: o condenado deve trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, fora do estabelecimento e sem vigilância, permanecendo recolhido, durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, *caput* e § 1º, do CP¹⁹⁴), em estabelecimento penal denominado “Casa do Albergado”, caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (arts. 93 a 95, todos da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal¹⁹⁵) – tal como a medida socioeducativa de semiliberdade, que possibilita a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial (art. 120, *caput* e § 1º, do ECA¹⁹⁶), sem vigilância direta.

¹⁸⁹ Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; [...]”.

¹⁹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120: “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, independentemente de autorização judicial. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado *aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação*”.

¹⁹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, *caput*: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

¹⁹² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 127: “A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, *exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação*”.

¹⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 219.

¹⁹⁴ Código Penal, art. 36: “O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”.

¹⁹⁵ Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados”.

¹⁹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120, *caput* e § 1º: “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, independentemente de autorização judicial. § 1º: São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade”.

2.1.6. Internação

A internação representa a mais severa das medidas socioeducativas (art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase), sendo, ao lado da semiliberdade, modalidade de medida privativa da liberdade que nunca pode ser aplicada em sede de remissão (art. 127 do ECA). A medida socioeducativa de internação se sujeita aos princípios da *brevidade*, *excepcionalidade* e *respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento* (art. 227, § 3º, V, da CF e art. 121, *caput*, do ECA). Tais princípios condicionam a aplicação das medidas privativas da liberdade, de diferentes maneiras:

O princípio da brevidade enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, enquanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquanto limite ontológico, a ser considerado na decisão e na implementação da medida.¹⁹⁷

Considerando a importância e a centralidade dos aludidos princípios constitucionais, abordaremos todos os aspectos da medida socioeducativa de internação a partir de cada qual desses postulados.

(i) Princípio da excepcionalidade

O princípio da excepcionalidade (art. 227, § 3º, V, da CF¹⁹⁸, e art. 121, *caput*, do ECA), que apresenta relação direta com o princípio da intervenção mínima (arts. 113¹⁹⁹ e 100,

¹⁹⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 841-842.

¹⁹⁸ Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

¹⁹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”.

parágrafo único, VII²⁰⁰, ambos do ECA, e art. 35, VII, da Lei n. 12.594/12 - Sinase²⁰¹), determina que a aplicação da medida socioeducativa de internação seja sempre a *ultima ratio* do modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Na normativa internacional, o princípio da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade pode ser observado nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)²⁰²: ao abordar as “várias medidas aplicáveis”, o art. 18, n. 1, estabelece que “a autoridade competente pode assegurar a execução do julgamento sob formas muito diversas, usando de uma grande maleabilidade *a fim de evitar*, tanto quanto possível, *o internamento numa instituição*”; do mesmo modo, o art. 19 (“Recurso mínimo à colocação em instituição”) esclarece que “a colocação de um menor em instituição é sempre uma *medida de último recurso* e a sua duração deve ser tão breve quanto possível”. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Regras de Havana)²⁰³ reforçam que “a prisão deverá constituir uma medida de último recurso” (art. 1º).

O princípio da excepcionalidade da incidência das medidas socioeducativas privativas de liberdade, especialmente da internação (art. 227, § 3º, V, da CF e art. 121, *caput*, do ECA), fundamenta-se não apenas no elevado grau de intervenção na esfera de direitos do adolescente, mas na evitação dos efeitos criminógenos²⁰⁴ e de dessocialização gerados pela privação da liberdade de locomoção, notadamente em sujeitos que se encontram em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º, *in fine*, do ECA). Em relação a esse aspecto, o comentário oficial ao art. 19 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)²⁰⁵ consigna que:

²⁰⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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: [...] 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; [...]”.

²⁰¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: [...] VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; [...]”.

²⁰² Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

²⁰³ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **La sanción penal juvenil**. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Serie de políticas sociales, n. 5. San José: UNICEF, 2000. p. 215-257.

²⁰⁵ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

A criminologia mais avançada recomenda o tratamento em meio aberto de preferência à colocação em instituição. Em termos de sucesso, pouca ou nenhuma diferença foi encontrada entre estes dois métodos. As numerosas influências negativas que se exercem sobre o indivíduo e que parecem inevitáveis em meio institucional não podem, evidentemente, ser contrabalançadas por reforços no domínio do tratamento. Isto aplica-se especialmente aos jovens Delinquentes, cuja vulnerabilidade é maior. Para mais, as influências negativas resultantes não só da falta de liberdade, mas também da separação do meio social habitual, são certamente mais graves nos menores, dada a sua falta de maturidade. A regra 19 visa restringir a colocação em instituição em dois aspectos: frequência ('medida de último recurso') e duração ('tão breve quanto possível').

Como se percebe, no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), as sanções *principais* são as medidas socioeducativas em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida): por força do princípio da excepcionalidade, as medidas socioeducativas privativas de liberdade (internação e semiliberdade) passam a ser consideradas “alternativas”²⁰⁶. Inversamente, no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, as penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção) são as principais, porquanto cominadas diretamente no preceito secundário do tipo penal incriminador (art. 53 do CP), podendo, depois de alcançada a sua determinação quantitativa (dosimetria), ser objeto de substituição por penas restritivas de direitos e (ou) multa – por isso consideradas penas “alternativas”²⁰⁷ (arts. 59, I a IV, 44, 54, primeira parte, e 60, § 2º, todos do CP). MARY BELOFF salienta a centralidade ocupada pelas sanções não privativas de liberdade nos modelos de responsabilidade penal juvenil, afirmando que, “no sistema da proteção integral, não é correto falar, como no sistema penal de adultos, de alternativas à pena privativa da liberdade, já que o alternativo e excepcional, convém insistir, é a privação da liberdade”²⁰⁸.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **La sanción penal juvenil**. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Serie de políticas sociales, n. 5. San José: UNICEF, 2000. p. 215-257.

²⁰⁷ Interessante notar que o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, estabelece que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; [...] d) prestação social *alternativa* [...]”.

²⁰⁸ BELOFF, Mary. **Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)**. Infancia, ley y democracia en América Latina, tomo I. Compiladores: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004. p. 100. Tradução livre.

O princípio da excepcionalidade de incidência da medida socioeducativa de internação desempenha importante função limitadora (reduzora) na determinação judicial da sanção a ser aplicada ao adolescente, notadamente pelo fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) adotar um modelo de *indeterminação relativa* na cominação das medidas socioeducativas (indeterminação *a priori* ou abstrata), que não especifica, para cada conduta, a qualidade e a quantidade de sanção correspondente: *a priori*, qualquer ato infracional possibilita a aplicação de qualquer das medidas socioeducativas (art. 112, I a VI, do ECA²⁰⁹) – apenas a internação exige a presença de alguma das situações legais contidas no art. 122 do mesmo diploma legal²¹⁰ –, de modo que a determinação da medida socioeducativa somente se opera *a posteriori*, por ocasião do juízo de mérito da ação socioeducativa (sanção *flutuante*). Assim, a debilidade da garantia da legalidade da sanção (ausência de correlação precisa entre conduta e sanção cominada), no plano abstrato, seria compensada pelo princípio da excepcionalidade de incidência da medida socioeducativa de internação, no plano concreto (individualização judicial da medida socioeducativa). MARTHA DE TOLEDO MACHADO esclarece que:

a delimitação do poder estatal de sancionamento no *Estatuto* não é feita pela “via afirmativa” de a lei ditar qual sanção, entre as genericamente cominadas na lei, pode corresponder a cada fato, ligando rigidamente cada fato a uma sanção, como no sistema do Código Penal, com base num juízo prévio de reprovabilidade objetiva da conduta, feito pelo legislador. Mas sim pela “via negativa”; exclui-se a aplicação das sanções privativas de liberdade para os fatos penalmente típicos de menor gravidade [...].

Veja-se, pois, a extensão do juízo de valoração da reprovabilidade da conduta outorgado ao Poder Judiciário pela sistemática da lei ordinária e a centralidade do princípio da excepcionalidade na delimitação dos parâmetros de incidência da sanção: é quase a *excepcionalidade* que define esses parâmetros, sob a ótica de garantia do direito individual do autor do fato penalmente típico.²¹¹

²⁰⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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; [...]”.

²¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 122: “A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

²¹¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 350-351.

Para dar concretude e operabilidade ao princípio da excepcionalidade (de incidência), o legislador estabeleceu dois filtros sucessivos para a aplicação da medida socioeducativa de internação: (i) o primeiro filtro (legal) consiste em um juízo de *possibilidade* (plano abstrato) e tem por objeto o cabimento (admissibilidade) da medida – aferição da presença de alguma das situações legais (taxativas) definidas no art. 122, *caput*, incisos I a III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)²¹²; (ii) em caso positivo, incide o segundo filtro (judicial), consistente em um juízo de *necessidade* da medida (plano concreto), orientado pela regra de subsidiariedade estabelecida no art. 122, § 2º, do mesmo diploma legal (“em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”).

Com efeito, o art. 122, *caput*, incisos I a III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece um rol exaustivo (*numerus clausus*) de situações que permitem cogitar da aplicação da medida socioeducativa de internação, como “alternativa” para as demais medidas socioeducativas de livre aplicação (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e semiliberdade). Trata-se de condições de admissibilidade, que indicam a mera *possibilidade* de incidência (cabimento) da medida socioeducativa de internação – a sua concreta aplicação ainda se subordina a um juízo de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), logicamente posterior (art. 122, § 2º, do ECA). Em outras palavras: a presença de qualquer das situações legais definidas no art. 122, *caput*, incisos I a III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), seria condição necessária, mas não suficiente para a aplicação da medida socioeducativa de internação (não se trata de imposição legal).

O art. 122, *caput*, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação quando se tratar “de ato infracional cometido mediante *grave ameaça* ou *violência* a pessoa”. Em respeito ao princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, da CF), incorporado pela doutrina da proteção integral ao modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a grave ameaça (*vis compulsiva*) ou a violência (*vis corporalis*) contra a pessoa deve integrar o preceito primário do tipo penal incriminador, como meio de execução da conduta (v.g., homicídio doloso, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro e

²¹² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 122, *caput*: “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”.

estupro) – não se pode cogitar de “violência contra a sociedade”, por força da proibição de analogia *in malam partem*²¹³.

Em face da ausência do requisito legal da grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa, a conduta definida como crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), isoladamente considerada, não possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação, a despeito de o tipo penal incriminador ser considerado equiparado (assemelhado) a hediondo no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (art. 5º, XLIII, da CF). Tal entendimento se encontra sedimentado no enunciado da Súmula n. 492 do Superior Tribunal de Justiça: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. O mesmo sucede com o ato infracional definido como crime de porte ilegal de arma de fogo (arts. 14 e 16, ambos da Lei n. 10.826/03)²¹⁴, que não se confunde com o *emprego* (e não mero porte) dessa mesma arma de fogo como meio de execução da conduta definida como crime de roubo (art. 157 do CP) – quando então estaria configurado o requisito legal da grave ameaça.

Em suma: a mera gravidade abstrata do tipo penal incriminador a que remete o ato infracional (*v.g.*, ser considerado hediondo ou equiparado no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos) não possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação, quando ausentes as situações legais contidas no art. 122, *caput*, incisos I a III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – regra especial do modelo de responsabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A esse respeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] 1. A Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar (arts. 227 e 228 da Constituição Federal) aos indivíduos em peculiar situação de desenvolvimento da personalidade. Conjunto timbrado pela excepcionalidade e brevidade das medidas eventualmente restritivas de liberdade (inciso V do § 3º do art. 227 da CF).

2. Nessa mesma linha de orientação, a legislação menorista – Estatuto da Criança e do Adolescente – faz da medida socioeducativa de internação uma exceção. Exceção de que pode lançar mão o magistrado nas situações do art. 122 da Lei 8.069/1990.

²¹³ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 174.

²¹⁴ “Infância e Juventude. Menor. Ato infracional. Fatos assemelhados a tráfico de entorpecentes e porte ilegal de armas. Medida de internação. Inadmissibilidade. Atos praticados sem violência nem grave ameaça. Reiteração ou reincidência não demonstrada. Cassação da medida socioeducativa para que outra seja aplicada. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 122, I e II, do ECA (Lei n. 8.069/90). Precedente. Não é lícito impor a menor infrator medida de internação, se o ato infracional não foi praticado mediante violência nem grave ameaça, nem seja caso de reiteração ou reincidência” (STF, 2ª Turma, HC n. 93.900, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 10.03.2009, *DJe*-084 08.05.2009).

3. A mera alusão à gravidade abstrata do ato infracional supostamente protagonizado pelo paciente não permite, por si só, a aplicação da medida de internação. [...].²¹⁵

O cabimento da medida socioeducativa de internação ainda exige que a violência seja dirigida contra a *pessoa* (art. 122, I, *in fine*, do ECA), não bastando a violência contra coisas, que pode qualificar o crime de furto (art. 155, § 4º, I, do CP) e que integra o crime de dano (art. 163, *caput*, do CP). Ademais, impõe-se que a violência contra a pessoa seja *dolosa* (homicídio e lesão corporal), pois a violência culposa “surge como consequência da imprudência, imperícia ou negligência do agente, não integrando os tipos penais como meio de execução”²¹⁶. Outrossim, não podem ser consideradas como violência contra a pessoa as denominadas violências “patrimonial” e “moral”, definidas nas Leis de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 7º, IV e V, da Lei n. 11.340/06²¹⁷) e contra a criança e o adolescente (art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 14.344/22²¹⁸, c.c. o art. 4º, *caput*, V, da Lei n. 13.431/17²¹⁹), por não envolverem, necessariamente, grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa.

Ainda como desdobramento da garantia da legalidade estrita, consideramos que o ato infracional definido como crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e § 1º, do CP), isoladamente considerado, não possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação, por força da ausência do requisito legal da grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa (art. 122, I, do ECA): tais meios de execução da conduta não integram o preceito primário do tipo penal incriminador contido no art. 217-A, *caput* e § 1º, do Código Penal, em face da

²¹⁵ SFT, 2ª Turma, HC n. 105.917, Rel. Min. AYRES BRITTO, j. 07.12.2010, *DJe*-112 13.06.2011.

²¹⁶ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

²¹⁷ Lei n. 11.340/06, art. 7º: “São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

²¹⁸ Lei n. 14.344/22 (violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente), art. 2º: “Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial: [...]. Parágrafo único. Para a caracterização da violência prevista no *caput* deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017”.

²¹⁹ Lei n. 13.431/17 (criança e adolescente vítima ou testemunha de violência), art. 4º: “Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: [...] V - violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional”.

substituição de elementares do tipo penal geral do crime de estupro (art. 213, *caput*, do CP). Assim, “não há que se falar em *violência* por presunção em função da idade, porquanto as interpretações que devem ser feitas do tipo penal jamais poderão ser ampliadoras, mas sempre restritivas”²²⁰.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que o ato infracional definido como crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e § 1º, do CP) apresenta violência, ainda que presumida, de modo a legitimar o cabimento da medida socioeducativa de internação, com fundamento no art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90):

[...] 2. Diante da prática de ato infracional equiparado ao estupro de vulnerável, está autorizada a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na espécie, a imposição da referida medida não evidencia constrangimento ilegal, tendo em vista que a *violência, ainda que presumida*, habilita a imposição de medida de internação. Precedentes. [...].²²¹

[...] 2. No caso, as particularidades do ato infracional, praticado com *violência presumida* contra vulnerável (criança de 3 anos de idade), por si só, justificaria a imposição da medida de internação, com fulcro no art. 122, I, do ECA. [...].²²²

Tratando-se de conduta definida como infração penal de menor potencial ofensivo (contravenção penal ou crime com pena máxima cominada igual ou inferior a dois anos - art. 61 da Lei n. 9.099/95), o requisito legal da grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa deve ser considerado com cautela (art. 122, I, do ECA), haja vista que, no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, a mesma conduta permitiria a celebração de negócios jurídicos processuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89, ambos da Lei n. 9.099/95), com o conseqüente afastamento da pena privativa de liberdade – *v.g.*, condutas definidas como crime de lesão corporal dolosa de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP) e ameaça (art. 147 do CP). Em tal contexto, a aplicação da medida socioeducativa de internação poderia violar a regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad²²³, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n.

²²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 230.

²²¹ STJ, 6ª Turma, HC n. 325.907/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13.10.2015, *DJe* 3.11.2015.

²²² STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp n. 1.153.888/BA, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 15.3.2018, *DJe* 27.3.2018.

²²³ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art

12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)²²⁴, que estabelece a proibição de a intervenção socioeducativa ser mais gravosa para o adolescente do que seria a intervenção penal para o adulto.

Em qualquer caso, reitera-se que o cometimento de ato infracional com grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa não implica, necessariamente, a incidência da medida socioeducativa de internação, pois o art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece uma regra de *possibilidade* e não de obrigatoriedade: o princípio da *excepcionalidade* (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 121, *caput*, do ECA) impõe a consideração de aspectos que transcendem a mera gravidade abstrata da infração (art. 112, § 1º, do ECA), pois “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (art. 122, § 2º, do ECA)²²⁵. Assim, v.g., para um ato infracional definido como crime de roubo, pode ser adequada a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto (prestação

56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

²²⁴ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; [...]*”.

²²⁵ “I - Este Tribunal já reconheceu, em diversas oportunidades, a legitimidade e a adequação da medida socioeducativa de internação imposta a infratores, reincidentes, que cometeram atos infracionais correspondentes ao delito de roubo qualificado por emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, e, até mesmo, com violência real contra a vítima, justificando-se, assim, a necessidade da medida extrema. II - Os arts. 121 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem que a internação seja aplicada somente em casos excepcionais, não sendo suficiente que a infração seja cometida mediante grave ameaça ou violência à pessoa, devendo ser demonstrado, com elementos concretos nos autos, que não existe outra medida mais adequada. III - Na situação sob exame, trata-se de um roubo tentado, em que as vítimas conseguiram fugir do local, não havendo, nos autos, outras circunstâncias que evidenciem a necessidade da medida excepcional. IV - Ordem concedida para anular a imposição da medida socioeducativa de internação, mantendo, no mais, a sentença condenatória, bem como para determinar ao juízo de primeiro grau que aplique outra medida que entender adequada” (STF, 2ª Turma, HC n. 109.395, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06.09.2011, DJe 22.09.2011).

de serviços à comunidade²²⁶ ou liberdade assistida²²⁷), a despeito da grave ameaça ou da violência contra a pessoa contida no tipo penal remetido (art. 157, *caput*, do CP).

O art. 122, *caput*, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ainda possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação “por reiteração no cometimento de outras infrações graves”. Trata-se de situação legal de admissibilidade autônoma (prescinde dos requisitos estabelecidos no inciso I do mesmo dispositivo legal), que permite a aplicação da medida socioeducativa de internação para atos infracionais praticados *sem* grave ameaça e violência (corporal) contra a pessoa – *v.g.*, condutas definidas como crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), porte ilegal de arma de fogo (arts. 14 e 16, ambos da Lei n. 10.826/03) e furto qualificado (art. 155, §§ 4º a 7º, do CP). Com isso, aquele ato infracional que, isoladamente considerado, não possibilitaria a internação (cometido *sem* grave ameaça e violência contra a pessoa), pode, pela via da reiteração, admitir a aplicação da aludida medida socioeducativa: compensa-se o *minus* de gravidade da conduta com o *plus* da reiteração.

Mutatis mutandis, no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, a reincidência implica, *a priori*, a determinação de regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade de reclusão (art. 33, *caput* e § 2º, *b* e *c*, do CP, *a contrario*

²²⁶ “[...]. 2. O simples fato de o jovem ter praticado ato infracional equivalente ao delito de roubo, sem que haja na hipótese qualquer circunstância apta a demonstrar a necessidade da internação por tempo indeterminado, afasta a possibilidade de aplicação da medida extrema, quando existir outra mais adequada à ressocialização do menor. 3. Esta Turma tem entendido que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade – em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do jovem à sociedade. 4. Embora o adolescente tenha praticado ato infracional equiparado ao delito de roubo, as circunstâncias fáticas afastam a alegada gravidade da prática, a qual foi cometida *sem* violência ou emprego de arma de fogo, pois o adolescente apenas simulou possuir arma de fogo, tendo sido recuperado o aparelho de celular por ele subtraído. 5. Como é cediço, a gravidade genérica da conduta imputada ao jovem, bem como a sua alegada periculosidade, não servem, isoladamente, de fundamentação idônea para a estabelecimento da medida mais gravosa. [...] 7. Adolescente que possui respaldo familiar, não havendo qualquer dado nos autos que demonstre estar o jovem sofrendo influências do meio social ou inserido na criminalidade. 8. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão monocrática que fixou a medida socioeducativa de *prestação de serviços à comunidade* ao adolescente” (STJ, 5ª Turma, HC n. 84.710/SP, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG, j. 27.9.2007, DJ 15.10.2007).

²²⁷ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE *ROUBO TENTADO*. IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E DE LIBERDADE ASSISTIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. [...] 1. Na hipótese, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, embora o ato infracional tenha sido praticado com grave ameaça à pessoa, o que autorizaria a fixação da medida socioeducativa de internação, a Corte estadual optou pela imposição das medidas socioeducativas consistentes em liberdade assistida e em prestação de serviços à comunidade, devidamente fundamentadas. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgInt no REsp n. 1.771.427/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 11.12.2018, DJe 19.12.2018).

sensu), ressalvada a possibilidade de mitigação para o regime inicial semiaberto, em caso de pena aplicada em quantidade igual ou inferior a quatro anos e de neutralidade das circunstâncias judiciais (art. 33, § 3º, do CP, e Súmula n. 269 do STJ).

O requisito legal da *reiteração*, por não ter sido objeto de definição legal (diversamente da reincidência penal - art. 63 do CP), suscita divergência interpretativa, especialmente a respeito da quantidade de atos infracionais exigidos para a sua configuração. A partir de uma interpretação **ampliativa**, afirma-se que bastaria um *segundo* ato infracional grave para a satisfação do requisito legal da reiteração (condição de admissibilidade da aplicação da medida socioeducativa de internação), de modo que a referência ao “cometimento de *outras* infrações graves” deve ser compreendida como alusão a atos infracionais *diversos* daqueles que, isoladamente, possibilitariam a incidência da medida socioeducativa de internação (art. 122, *caput*, I, do ECA). Em outras palavras: o pronome *outras* não teria referibilidade a um aspecto quantitativo (não teria o sentido de “duas ou mais infrações graves anteriores”, pois o aspecto quantitativo seria inerente ao termo “reiteração”), mas a um aspecto qualitativo ou residual (teria a acepção de atos infracionais distintos ou não abrangidos pelo inciso I: cometidos sem grave ameaça e violência contra a pessoa). A partir de uma interpretação **restritiva**, afirma-se a necessidade de, ao menos, um *terceiro* ato infracional grave para se cogitar da aplicação da medida socioeducativa de internação: essa orientação aparta as categorias da “reincidência” e da “reiteração”, ponderando que, se bastasse um segundo ato infracional grave, o legislador teria empregado o termo reincidência (art. 63 do CP) em lugar de reiteração. Ademais, a referência ao “cometimento de *outras* infrações graves” (no plural) pressuporia, ao menos, dois atos infracionais *diversos* daquele (terceiro) em apuração.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre adotou a interpretação ampliativa, considerando suficiente o cometimento de um *segundo* ato infracional grave para o aperfeiçoamento do requisito legal da reiteração²²⁸ – condição de admissibilidade para a

²²⁸ “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER EXTREMO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. ATO INFRACIONAL NÃO COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA A PESSOA. [...]. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. FUNDAMENTO QUE AUTORIZA A INTERNAÇÃO (ART. 122, II, DO ECA). NÚMERO MÍNIMO DE DELITOS ANTERIORMENTE COMETIDOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. [...]. 5. O inciso II do artigo 122 do ECA *não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração na prática criminosa* (Precedente: HC n. 84.218/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.08). 6. *In casu*, o paciente cumpriu anteriormente medida de internação pela prática de ato infracional equiparado a roubo qualificado. [...]” (STF, 1ª Turma, HC n. 94.447, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 12.04.2011, DJe 06.05.2011). Em igual

aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122, *caput*, II, do ECA). A interpretação restritiva foi inicialmente acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que exigia o cometimento de um *terceiro* ato infracional grave para a configuração da reiteração²²⁹; contudo, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 280.478/SP, em 18 de fevereiro de 2014, passou a seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal (possibilidade da aplicação da medida socioeducativa de internação a partir do cometimento do *segundo* ato infracional grave²³⁰).

Considerando a redação legal, parece-nos adequada a interpretação de que bastaria o cometimento de um *segundo* ato infracional grave para a configuração do requisito da *reiteração*, contido no art. 122, *caput*, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), de modo que a referência a “outras infrações graves” indicaria apenas o objeto da

sentido: “1. O ato infracional em tela – equiparado ao crime de tráfico de drogas – não justifica, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação, pois não envolveu grave ameaça ou violência a pessoa. 2. Contudo, a medida de internação se justifica, diante da reiteração no cometimento de infrações graves, como verificado no caso. 3. Mostrando-se insuficiente a medida socioeducativa aplicada anteriormente, mostra-se recomendável a medida de internação” (STF, 1ª Turma, HC n. 84.218, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 24.11.2004, *DJe* 18.04.2008). Em seu voto, o Ministro Relator consignou: “o argumento de que são necessários o número mínimo de 3 atos infracionais graves para a incidência deste inciso não tem fundamento legal. A simples leitura da lei afasta esse argumento. Trata-se, na verdade, de uma construção jurisprudencial que, diante da agressividade de tal medida, tentou estabelecer parâmetros para sua aplicação se dar de forma ainda mais restrita. Entretanto, nos moldes dos objetivos instituídos pelo ECA, não há razão de ser para essa construção, tendo em vista que o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação da justiça”.

²²⁹ “[...]. V - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação da referida medida (Precedentes). [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 108.466/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.08.2008, *DJe* 13.10.2008). Em igual sentido: “[...] 2. A reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 90.920/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 6.5.2008, *DJe* 26.5.2008).

²³⁰ “[...] 2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. 3. REITERAÇÃO INFRACIONAL. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] 2. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente – meio social onde vive, grau de escolaridade, família – dentre outros elementos que permitam uma maior análise subjetiva do menor. 3. No caso, a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades do caso, notadamente ante a comprovada reiteração na prática de atos infracionais e a ineficiência das medidas anteriormente impostas, que não desencorajaram o paciente de persistir na contramão da lei. Outrossim, não há se falar que o ato anteriormente praticado pelo paciente não é grave, afinal, trata-se de infração análoga ao delito de tráfico de entorpecentes, o qual é equiparado a hediondo pelo ordenamento jurídico vigente. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC 280.478/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.02.2014, *DJe* 26.02.2014). Em igual sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 873.206/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 8.4.2024, *DJe* 12.4.2024.

reiteração (condutas distintas das definidas no inciso I: sem grave ameaça e violência contra a pessoa). Embora ampliativa (exigência de menor quantidade de atos infracionais), tal orientação não debilita a densidade normativa do princípio da excepcionalidade (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 121, *caput*, do ECA), pois esse mandamento de otimização alcança o seu maior grau de realização no momento posterior do filtro judicial, que consiste em um juízo de *necessidade* da medida socioeducativa de internação (plano concreto), orientado pela regra de subsidiariedade (“em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”) estabelecida no art. 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Por força da regra de tratamento derivada do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), entendemos que a reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, *caput*, II, do ECA) pressupõe o reconhecimento judicial de ato infracional anterior (responsabilidade do adolescente), por decisão sancionatória (resultante do juízo de mérito da ação socioeducativa²³¹) *transitada em julgado* antes do cometimento da conduta em apuração, nos moldes da reincidência penal (art. 63 do CP).

Com efeito, o fato de o art. 122, *caput*, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), empregar o termo “reiteração” – em lugar de “reincidência” (art. 63 do CP) – não tem o condão de afastar a regra de tratamento contida na garantia constitucional da presunção de inocência: “ninguém [adulto ou adolescente] será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF). Tal entendimento ainda seria corroborado pela regra de proporcionalidade estabelecida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad²³², incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)²³³, que impede tratamento mais gravoso para o adolescente infrator (em comparação com o modelo de responsabilidade penal comum dos adultos)²³⁴.

²³¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), arts. 186, § 4º, *in fine*, e 189, *a contrario sensu*.

²³² Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art. 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

²³³ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

²³⁴ “[...] ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.

Contudo, prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o requisito legal da reiteração (art. 122, *caput*, inciso II, do ECA) prescinde do trânsito em julgado da decisão que aplicou medida socioeducativa por ato infracional anterior, pois o emprego do termo “reiteração” desvincularia a sua interpretação da tradicional reincidência penal, que pressupõe o cometimento de nova conduta *depois* de transitar em julgado condenação anterior (art. 63 do CP)²³⁵. Assim, a configuração da reiteração dependeria apenas de a conduta em apuração ter sido praticada depois da aplicação de medida socioeducativa em sentença sancionatória, ainda que não transitada em julgado – ressalvadas a falta de contemporaneidade ou a menor relevância do ato infracional antecedente (ausência de reiteração no cometimento de outras infrações *graves* - art. 122, *caput*, inciso II, do ECA)²³⁶.

REITERAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. ARTIGO 35, INCISO I, DO SINASE. PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO MAIS GRAVOSO AO ADOLESCENTE. [...]. III - Esta Corte possui orientação no sentido de que a reiteração no cometimento de infrações graves é capaz de ensejar a aplicação da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, incisos II, do ECA (Lei n. 8.069/90). Não se exige, para a configuração da reiteração, um número mínimo de infrações, devendo apenas serem graves, respeitadas as circunstâncias do caso concreto. IV - Contudo, *deve-se exigir o trânsito em julgado da sentença que tenha acolhido a representação de ato infracional anterior. Caso isso não ocorra, estará se dando tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto*. V - Na hipótese, há notícias de que o adolescente responde por outros atos infracionais, mas sem a comprovação do trânsito em julgado de qualquer medida socioeducativa anteriormente aplicada, constatando-se, portanto, o alegado constrangimento ilegal. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, a medida de internação provisória não se mostra, a princípio, recomendável. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o v. acórdão do eg. Tribunal de origem, restabelecendo a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de primeiro grau que aplicou ao adolescente, ora paciente, as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, ambas pelo prazo de 6 (seis) meses” (STJ, 5ª Turma, HC n. 388.762/ES, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.4.2017, *DJe* 27.4.2017).

²³⁵ “[...]. Depois, não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional previsto no art. 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente ECA. Isso porque *não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência*, tal como previsto na lei penal. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 661.820/SC, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 8.6.2021, *DJe* 15.6.2021). Em igual sentido: “[...]. Ademais, não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a hipótese de reiteração do art. 122, II, do ECA, porque *o instituto não se confunde com o conceito de reincidência*. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 698.418/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14.12.2021, *DJe* 17.12.2021).

²³⁶ “AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS. TRÂNSITO EM JULGADO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS ANTERIORMENTE APLICADAS. *DESNECESSIDADE*. PRECEDENTES. [...]. 3. Destaco que ‘[a] Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a majoritariamente compreender que, para a configuração da reiteração de atos infracionais graves, prevista no inciso II do art. 122 do ECA, suficiente é a prática de nova conduta *após prévia aplicação de medida socioeducativa*, salvo falta de contemporaneidade ou menor relevância da prática infracional antecedente’ (AgRg no HC 598.030/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/11/2020, *DJe* 20/11/2020; sem grifos no original). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 871.522/SC, rel. Min. Teodoro Silva Santos, j. 4.3.2024, *DJe* 7.3.2024). Em igual sentido: “[...]. II - O Tribunal de origem bem fundamentou a aplicação da medida de internação, em razão do agravante deter comportamento reiterado em atos infracionais, em consonância com o disposto pelo artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes. III - *Não se exige o trânsito em julgado de sentença* na qual tenha sido julgada procedente representação pela prática de ato infracional para a caracterização da reiteração, bastando, para tanto, a existência de pronunciamento do Judiciário sobre as imputações que pesam em desfavor do adolescente (AgInt no HC n. 446.320/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge

De qualquer modo, não se pode cogitar de reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, *caput*, II, do ECA) em caso de promoção de arquivamento dos autos de investigação (arts. 180, I, e 181, ambos do ECA) e de mera ação socioeducativa em curso (antes da sentença) ao tempo da conduta posterior, ante a ausência de pronunciamento judicial a respeito da responsabilidade do adolescente²³⁷. Outrossim, a aplicação de medida socioeducativa, quando operada em sede de remissão (imprópria ou como forma de transação), não pode ser considerada para efeito de reiteração (art. 122, *caput*, II, do ECA), pois esse mecanismo não implica o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, de acordo com o disposto no art. 127, primeira parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)²³⁸.

O art. 122, *caput*, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ainda exige que a reiteração tenha por objeto o cometimento de outras infrações *graves*, assim consideradas as condutas definidas como crime punido com pena de reclusão²³⁹ – qualidade de pena privativa de liberdade cominada para as infrações penais consideradas de maior gravidade abstrata e que, no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos,

Mussi, *DJe* de 12/11/2018). [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 791.650/SC, rel. Min. Messod Azulay Neto, j. 24.4.2023, *DJe* 28.4.2023).

²³⁷ “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 122 DO ECA. ATO INFRACIONAL PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. PROCESSOS ANTERIORES ARQUIVADOS E EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. [...] 2. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que o paciente possui passagens anteriores na Vara de Infância e Juventude, o que configuraria a reiteração delitiva e a imposição da medida socioeducativa de internação, de acordo com o disposto no art. 122, inc. II, do ECA. No entanto, verifica-se por meio da análise da certidão de antecedentes infracionais do paciente, que se tratam de processos que foram arquivados, bem como de processos em andamento, que não houve a aplicação de medida socioeducativa anterior, o que não configura a hipótese de reiteração em atos infracionais. [...]” (STJ, 6ª Turma, HC n. 468.710/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 13.11.2018, *DJe* 30.11.2018). Em igual sentido: “[...] 1. Embora, nos termos da orientação pacífica desta Corte Superior, representações em andamento não configurem reiteração em atos infracionais, impedindo aplicar a medida socioeducativa de internação desde o início, considerada a situação de risco social em que se encontra o Adolescente, aliada à quantidade de droga apreendida, mostra-se indispensável a imposição de semiliberdade. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 652.086/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 9.8.2022, *DJe* 18.8.2022).

²³⁸ “[...] 2. No caso, o juízo sentenciante aplicou ao paciente a medida socioeducativa de internação, em razão da prática de ato infracional análogo ao crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que, ‘embora tecnicamente primário, o paciente já foi beneficiado em outras duas oportunidades, com a remissão processual, por ato infracional dessa mesma natureza’. 3. Não obstante, ‘Para efeito de reiteração, não é possível considerar os processos em que foi concedido ao paciente remissão, tendo em vista que a remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do ECA’ (HC n. 654.522/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, *DJe* de 25/5/2021). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 801.511/SP, rel. Min. Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDFT, j. 28.8.2023, *DJe* 30.8.2023).

²³⁹ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

admite a determinação de regime inicial fechado (art. 33, *caput*, primeira parte, do CP).

Em face da regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad²⁴⁰, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)²⁴¹ – proibição de a intervenção socioeducativa ser mais gravosa para o adolescente do que seria a intervenção penal para o adulto –, entendemos que não podem ser consideradas graves as condutas definidas como infração penal de menor potencial ofensivo (contravenção penal ou crime com pena máxima cominada igual ou inferior a dois anos - art. 61 da Lei n. 9.099/95) e de médio potencial ofensivo, assim consideradas aquelas que, no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, possibilitariam a celebração de negócios jurídicos processuais como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), com o conseqüente afastamento da pena privativa de liberdade.

Partindo da mesma premissa, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a medida socioeducativa de internação nunca pode ser cogitada para a conduta definida no art. 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), pois o preceito secundário do tipo penal incriminador sequer comina pena privativa de liberdade para o adulto:

[...] – Revela-se contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor inimputável, impor ao adolescente – que eventualmente pratique ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio – a medida extraordinária de internação, pois nem mesmo a pessoa maior de dezoito anos de idade, imputável, pode sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.²⁴²

Por derradeiro, o art. 122, *caput*, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), possibilita a aplicação da medida socioeducativa de internação “por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”. Trata-se da

²⁴⁰ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

²⁴¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

²⁴² STF, 2ª Turma, HC n. 124.682, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2014, *DJe* 26.02.2015.

denominada internação-*sanção* ou *instrumental*²⁴³, que incide como meio de coerção pessoal para o cumprimento da medida socioeducativa originalmente aplicada ao adolescente (logicamente mais branda que a internação): a internação-*sanção* implica uma forma de *regressão temporária*, pois não substitui a medida socioeducativa descumprida (função meramente instrumental); assim, alcançado o prazo estabelecido para a internação-*sanção* (limitado a três meses), retoma-se a execução da medida socioeducativa anteriormente imposta.

Diversamente das medidas socioeducativas de internação contidas no art. 122, *caput*, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – que representam uma resposta estatal ao *ato infracional* praticado, sendo, por isso, aplicadas no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento) –, a internação-*sanção* (art. 122, *caput*, III, do ECA) representa uma resposta estatal ao *descumprimento* da medida socioeducativa anteriormente imposta (*regressão temporária*), sendo aplicada no juízo de execução das medidas socioeducativas (processo de execução)²⁴⁴.

A internação-*sanção* pressupõe que o descumprimento da medida socioeducativa anteriormente imposta seja (i) reiterado e (ii) injustificável. A respeito da quantidade de descumprimentos que seria exigida para a configuração do requisito legal da *reiteração*, aplicam-se as mesmas considerações pertinentes ao inciso II do art. 122, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), anteriormente analisado. De qualquer maneira, fica sempre afastada a possibilidade de internação-*sanção* em face do primeiro descumprimento da medida socioeducativa em execução (v.g., adolescente que, em cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade, pela primeira vez não retorna para a unidade de atendimento socioeducativo ou empreende fuga no período em que estava recolhido²⁴⁵). Por exigir o descumprimento *injustificável* da medida anteriormente imposta, a aplicação da internação-*sanção* deve ser precedida da designação de audiência para a oitiva do adolescente (oportunidade para a apresentação de justificação), com a presença do órgão de execução do

²⁴³ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

²⁴⁴ Tal decisão pode ser impugnada pela interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 198 do ECA e art. 1.015, parágrafo único, do CPC), ou pela impetração de ação autônoma de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF).

²⁴⁵ “[...]. Não resta configurada a hipótese disposta no art. 122, inciso III, do ECA, tendo em vista o ‘descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta’, pois o paciente descumpriu *apenas uma vez* a medida socioeducativa mais branda, ao empreender fuga da unidade em que estava recolhido e praticar novo ato infracional. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 50.777/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 9.5.2006, DJ 5.6.2006).

Ministério Público e de Defensor (constituído ou nomeado)²⁴⁶ – o descumprimento imputado somente pode ser considerado “injustificável” depois de o adolescente ter tido a oportunidade de o justificar.

Com efeito, não se pode cogitar da imposição de sanção sem a anterior observância de um procedimento que permita o exercício (ainda que limitado) das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), notadamente quando considerado que a internação-sanção apresenta antecedente (descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta) diverso do ato infracional apurado no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento). Essa orientação foi sedimentada no enunciado da Súmula n. 265 do Superior Tribunal de Justiça: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”. Em relação aos adultos, o art. 118, § 2º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), estabelece a mesma regra para a regressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, determinando que o condenado seja ouvido previamente a respeito da imputação de “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave” e, em regime aberto, “frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta” (art. 118, *caput*, I, e § 1º, da Lei n. 7.210/84 - LEP).

Tal construção jurisprudencial foi posteriormente incorporada na Lei n. 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). O art. 122, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), com a redação dada pela Lei n. 12.594/12 (Sinase), dispõe que a internação-sanção deve ser decretada judicialmente, após o devido processo legal. A respeito do procedimento para a aplicação da internação-sanção, o art. 43, § 4º, incisos I e II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)²⁴⁷, estabelece que a substituição por medida mais gravosa (regressão) somente pode ocorrer em situações excepcionais, após o devido processo legal, devendo ser fundamentada em parecer técnico e precedida de prévia audiência – inclusive a internação-sanção (art. 122, *caput*, III, da Lei n. 8.069/90 - ECA). Acerca da audiência, o art. 42, *caput* e § 1º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), esclarece que devem ser cientificados da sua designação o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável, acrescentando

²⁴⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 195-196.

²⁴⁷ Lei 12.594/2012 (Sinase), art. 43, § 4º: “A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser: I - fundamentada em parecer técnico; II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei”.

que a audiência deve ser instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do Plano Individual de Atendimento (PIA) e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária.

O art. 15, § 1º, da Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça, reforça a obrigatoriedade da oitiva do adolescente (art. 43, § 4º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase), que deve ser imediatamente conduzido à audiência especial (com intimação do Ministério Público e da defesa técnica), em que serão tomadas as declarações do adolescente e o juiz decidirá acerca do cabimento da internação-sanção e de seu prazo, sendo vedada a privação de liberdade do adolescente antes da aludida decisão (art. 15, § 2º, da Resolução n. 165/12, do CNJ) – não se admite, portanto, a denominada “regressão cautelar”.

A inobservância do procedimento legal estabelecido para a aplicação da internação-sanção implica nulidade da decisão judicial de regressão temporária, por força do cerceamento das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)²⁴⁸. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça mitiga a necessidade de efetiva oitiva do adolescente, reconhecendo a sua prescindibilidade nos casos de a audiência ser prejudicada por comportamento do próprio adolescente (ausência injustificada, depois de notificado pessoalmente para a audiência²⁴⁹; não localização, em caso de mudança de endereço sem comunicação ao juízo²⁵⁰; evasão da entidade de atendimento socioeducativo, em caso de

²⁴⁸ “1. A jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido de que o Magistrado deve ouvir as justificativas do menor sobre o reiterado descumprimento da ação socioeducativa, antes de decidir a respeito da internação-sanção, nos termos do art. 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Ordem concedida para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, após a prévia oitiva do Paciente, permitindo-lhe o aguardo da nova decisão na medida socioeducativa de semiliberdade” (STJ, 5ª Turma, HC n. 157.008/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6.4.2010, *DJe* 26.4.2010).

²⁴⁹ “I. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a decretação de internação de adolescente que se encontrava cumprindo de semiliberdade, por consistir em regressão da medida socioeducativa, requer a prévia oitiva do menor infrator. Súmula n. 265 do STJ. II. Hipótese em que o paciente foi regularmente intimado para a audiência de justificação e, a despeito de oportunizada sua manifestação, não compareceu. III. Constatado o devido cumprimento do processo legal, com a intimação do paciente para a audiência de justificação anteriormente à determinação de sua regressão à medida socioeducativa de internação, não se vislumbra o constrangimento ilegal apontado. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 176.273/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2.8.2011, *DJe* 17.8.2011). Em igual sentido: STJ, 5ª Turma, HC n. 170.328/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.4.2012, *DJe* 17.4.2012; STJ, 5ª Turma, HC n. 143.128/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 2.9.2010, *DJe* 13.12.2010.

²⁵⁰ “[...]. REGRESSÃO DO MENOR PARA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA. NULIDADE NÃO-CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE. ENDEREÇO DESATUALIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência deste Tribunal é uníssona no sentido de que a regressão do adolescente, sem a sua prévia oitiva, implica em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Conforme consignado pela Corte de origem, concedeu-se ao paciente a garantia processual de ser ouvido, não tendo sido, entretanto, efetivada em razão da alteração de seu endereço do distrito competente sem a devida comunicação ao Juízo Menorista. 3. Ademais, há informação nos autos de que

semiliberdade²⁵¹). Trata-se de orientação jurisprudencial claramente inspirada na aplicação subsidiária (art. 152, *caput*, da Lei n. 8.069/90 - ECA²⁵²) do disposto no art. 367 do Código de Processo Penal, que determina a declaração de revelia (ausência) do acusado que, “citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

A internação-sanção igualmente se sujeita aos princípios da excepcionalidade e da brevidade (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 121, *caput*, do ECA), de modo que sempre deve ser avaliada a possibilidade de substituição da medida originalmente aplicada por medida menos gravosa (art. 15, *caput*, da Resolução n. 165/12, do CNJ), pois em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (art. 122, § 2º, do ECA). A internação-sanção pode ser aplicada pelo prazo *máximo* de três meses (art. 122, § 1º, do ECA) – expirado o prazo determinado para a internação-sanção (regressão temporária), deve ser restabelecida a medida originalmente aplicada.

O descumprimento de medida socioeducativa aplicada em sede de remissão (imprópria ou como forma de transação) jamais pode ensejar a decretação da internação-sanção, pois da remissão nunca pode resultar medida privativa da liberdade (art. 127 do ECA), nem mesmo por meio de regressão (art. 122, *caput*, III, do ECA)²⁵³, sob pena de se legitimar

o menor encontra-se evadido, em local incerto e não sabido. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 119.578/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.2.2010, *DJe* 15.3.2010).

²⁵¹ “*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 122, III, DA LEI 8.069/90. INTERNAÇÃO-SANÇÃO DECRETADA SEM A PRÉVIA OITIVA DO MENOR INFRATOR. EVASÃO. POSSIBILIDADE. 1. A internação-sanção está expressamente autorizada, pelo prazo máximo de 3 (três) meses, quando ocorrer descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, conforme o art. 122, III e parágrafo único do ECA, sendo imprescindível, para a aplicação da medida, a prévia oitiva do adolescente. 2. Não há que se falar em constrangimento ilegal, eis que ao adolescente foi garantido o direito de ser ouvido, nos termos do art. 111, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Súmula n. 265 desta Corte, não sendo possível o cumprimento da oitiva prévia pelo fato de o menor estar foragido. 3. Ordem denegada” (STJ, 6ª Turma, HC n. 183.490/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 22.3.2012, *DJe* 18.6.2012).

²⁵² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 152, *caput*: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

²⁵³ “[...] REMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO OU COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. PROSEGUIMENTO DO FEITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A remissão não implica o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, o que *obsta a aplicação da internação-sanção* e impede a caracterização de antecedentes, equiparando-se ao instituto da transação previsto no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. 2. A condição imposta ao paciente para a concessão da remissão não possui natureza jurídica de medida socioeducativa, prevista no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apta a ensejar a internação-sanção, em razão do descumprimento das condições vinculadas à remissão. [...]” (STJ, 6ª Turma, HC n. 348.143/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5.4.2016, *DJe* 18.4.2016).

uma forma indireta de privação da liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF, e art. 110 do ECA) – sem a comprovação da responsabilidade do adolescente. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA esclarece:

mesmo em se admitindo que no curso do processo de execução se assegurará o contraditório e a ampla defesa (em face da prova do descumprimento injustificado e reiterado), a aplicação de medida privativa de liberdade implicará a subtração do direito de defesa do fato originário da sanção, do próprio ato infracional”.²⁵⁴

Em relação ao modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a adoção de procedimento similar, entendendo inconstitucional a conversão da transação penal descumprida em pena privativa de liberdade. Essa orientação foi sedimentada no enunciado da Súmula vinculante n. 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. Em caso de acordo de não persecução penal, o art. 28-A, § 10, do Código de Processo Penal, igualmente estabelece que, “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”.

Assim, *mutatis mutandis*, no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), surgem duas possibilidades: (i) o descumprimento de medida socioeducativa aplicada em remissão ministerial ou pré-processual, como forma de exclusão (impedimento) do processo (arts. 126, *caput*, 180, II, e 181, todos do ECA), implica a revogação da remissão (art. 128 do ECA²⁵⁵) e o retorno ao *statu quo ante*, com a possibilidade de o Ministério Público oferecer representação para a instauração da ação socioeducativa (Súmula vinculante n. 35, por analogia)²⁵⁶; (ii) o descumprimento de

²⁵⁴ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 140-141.

²⁵⁵ Trata-se da possibilidade de revisão judicial da medida aplicada por força da remissão, mediante pedido expresso do Ministério Público, no caso de descumprimento (art. 128 do ECA).

²⁵⁶ “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COM REMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. RESTABELECIMENTO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. NÃO FORMAÇÃO DE COISA JULGADA. PRECEDENTES. [...]. 1. A remissão pré-processual (imprópria), prevista no *caput* do art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma forma de exclusão do processo oferecida pelo Ministério Público, podendo ou não ser cumulada com medida socioeducativa não restritiva de

medida socioeducativa aplicada em remissão judicial ou processual (arts. 126, parágrafo único, 186, § 1º, e 188, todos do ECA), como forma de suspensão do processo (reparação do dano, prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida), implica a revogação da remissão (art. 128 do ECA) e a retomada da ação socioeducativa²⁵⁷, agora com a possibilidade da aplicação de medidas privativas da liberdade (semiliberdade e internação) em sentença sancionatória resultante do juízo de mérito (processo de conhecimento) (arts. 186, § 4º, e 189, *a contrario sensu*, ambos do ECA).

Apreciadas as situações legais de cabimento (admissibilidade) da medida socioeducativa de internação (art. 122, *caput*, I a III, do ECA), cumpre agora analisarmos a (im)possibilidade da denominada “internação-substituição” – discussão que gravita em torno do alcance do disposto no art. 99, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que permite a substituição das medidas de proteção a qualquer tempo. Embora concebido para a disciplina das medidas de proteção (art. 101 do ECA), o art. 99 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) tem a sua aplicação estendida ao Capítulo IV (Das Medidas Socioeducativas), do Título III (Da Prática de Ato Infracional), do Livro II (Parte Especial), que regula as medidas socioeducativas – por força da remissão contida no art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)²⁵⁸. A incorporação do art. 99 do

liberdade. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento de que ‘a remissão imprópria não constitui benefício definitivo, pois sujeita-se a revisão judicial a qualquer tempo, podendo a autoridade judiciária, ao decidir a revisão [...] [,] cancelar a medida aplicada, com retorno à situação processual anterior’ (CC n. 160.215/GO, relatora Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/9/2018, *DJe* de 9/10/2018). Estando demonstrada a recalcitrância do adolescente no cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada na remissão, é possível sua revogação a pedido do Ministério Público com o consequente recebimento da representação. [...]. 3. No caso, o descumprimento da medida socioeducativa estabelecida como condição na remissão imprópria (prestação de serviços à comunidade) impõe a continuidade do processo de apuração do ato infracional, sob pena de se tornarem inócuas as tentativas de reinserção social do menor, contrariando o princípio da proteção, que orienta o microsistema de proteção da criança e do adolescente. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 463.879/PR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28.4.2020, *DJe* 30.4.2020).

²⁵⁷ “[...]. 1. A remissão judicial, após iniciado o procedimento da Representação, pode ser aplicada a qualquer momento antes da prolação da sentença (art. 188 do Estatuto da Criança e do Adolescente), como forma de suspensão do processo, podendo ainda ser cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, conforme a previsão dos arts. 126 e 127 do mesmo Estatuto. 2. No caso, ao menor foi aplicada a remissão como forma de suspensão do processo, cumulada à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. No entanto, além de não cumprir a medida, sequer compareceu ao CREAS quando oportunizada sua justificação. 3. Não há que se falar, portanto, em constrangimento ilegal, por alegada violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que a determinação judicial apenas seguiu a previsão legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual permite a retomada da marcha processual, tendo em vista prever a figura da remissão como forma de suspensão do processo. 4. Ademais, não se verificou a imposição de medida mais gravosa (restritiva da liberdade do menor), mas apenas o prosseguimento do feito, com a devida instrução processual, a fim de serem averiguados os fatos descritos pelo representante do Parquet na Representação, ocasião em que serão observadas as garantias atinentes à ampla defesa e ao devido processo legal. Precedentes. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 649.421/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6.4.2021, *DJe* 13.4.2021).

²⁵⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) ao regime jurídico das medidas socioeducativas (art. 113 do ECA) suscita divergência a respeito da amplitude da aludida regra legal: a possibilidade de livre substituição alcança as medidas socioeducativas ou permanece relacionada somente com as medidas de proteção aplicadas ao adolescente em caso de ato infracional (art. 112, *caput*, VII, do ECA²⁵⁹)?

Para uma interpretação ampliativa, a possibilidade de livre substituição alcança quaisquer medidas socioeducativas, como forma de progressão (passagem para outra mais branda) ou de regressão (passagem para outra mais severa) da medida socioeducativa em execução, considerada a ordem crescente de severidade contida no art. 112, *caput*, incisos I a VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Assim, iniciado o cumprimento da medida socioeducativa aplicada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento), seria transferida ao juízo da execução a competência para, a qualquer tempo, substituir a medida socioeducativa original (arts. 99 e 113, ambos do ECA) – em qualquer caso de regressão, a substituição deve ser antecedida da oitiva do adolescente (art. 43, § 4º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase, e Súmula n. 265 do STJ). Em defesa dessa interpretação, OLYMPIO SOTTO MAIOR afirma que:

optou o legislador do Estatuto por não revestir as decisões determinantes da aplicação de medidas protetivas ou socioeducativas com o manto da *coisa julgada*. Em razão disso e objetivando a estrita adequação às necessidades concretas do adolescente (levando-se em conta as mutações iminentes ao seu processo de desenvolvimento), poder-se-á proceder à substituição da medida anteriormente imposta, alterando-se, assim, o conteúdo de qualquer sentença [...].²⁶⁰

Partindo da premissa da possibilidade de livre substituição das medidas socioeducativas (arts. 99 e 113, ambos do ECA), algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitem a denominada “internação-substituição”, que consiste na imposição de internação sem prazo determinado (art. 122, *caput*, I e II, do ECA), em substituição de medida socioeducativa anterior mais branda (semiliberdade ou em meio aberto), aplicada no juízo de

99 e 100”.

²⁵⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”.

²⁶⁰ SOTTO MAIOR, Olympio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 801.

mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento). Trata-se de uma forma de regressão definitiva da medida socioeducativa em execução (substituição por internação sem prazo determinado, com o limite superior de três anos), distinta da internação-sanção – regressão temporária que não pode superar três meses (art. 122, *caput*, III, e § 1º, do ECA). Assim, revelando-se insuficiente a medida socioeducativa em cumprimento, o juízo da execução poderia impor a sua substituição por internação sem prazo determinado, bastando a convergência de dois requisitos: (i) *material*: o ato infracional cometido pelo adolescente deve corresponder a uma das situações legais definidas nos incisos I ou II do art. 122, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) (possibilidade jurídica da internação sem prazo determinado); e (ii) *processual*: a decisão de regressão deve ser precedida do devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 43, *caput*, § 1º, II e III, e § 4º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase, e Súmula n. 265 do STJ)²⁶¹.

Para uma interpretação restritiva, a possibilidade de livre substituição (arts. 99 e 113, ambos do ECA) continua relacionada apenas com as medidas de proteção aplicadas ao adolescente infrator (art. 112, *caput*, VII, do ECA)²⁶². Assim, a substituição das medidas

²⁶¹ “[...]. 1. À luz dos arts. 99, 100 e 113 do ECA, é cabível a substituição de medida anteriormente imposta em sentença transitada em julgado, quando verificada sua insuficiência à ressocialização do adolescente, tendo em vista que o Magistrado deve estar atento às condutas supervenientes dos menores, respeitando-se, à toda evidência, os postulados da ampla defesa e do contraditório. 2. A disposição taxativa inserta no art. 122 do ECA não descarta a possibilidade de substituição da medida de semiliberdade pela de internação, quando esta for compatível com a situação do adolescente e aquela, demonstradamente, insuficiente. 3. Para o cabimento dessa substituição é necessário, apenas, que o ato infracional praticado pelo menor se enquadre em alguma das hipóteses taxativas do art. 122 do ECA, de sorte que, uma vez aplicada inicialmente uma medida socioeducativa diversa da internação, para ato infracional que, em tese, a admita, nada impede que o Julgador a substitua posteriormente pela internação, caso aquel'outra se mostre inadequada. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 117.129/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 9.3.2010, *DJe* 12.4.2010). Em igual sentido: “[...]. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível a substituição da medida socioeducativa anteriormente imposta quando verificada sua insuficiência à ressocialização do adolescente, respeitando-se os postulados da ampla defesa e do contraditório. 2. Para a substituição da medida de semiliberdade pela internação é necessário que o ato infracional praticado pelo adolescente se enquadre em alguma das hipóteses taxativas do art. 122 da Lei n. 8.069/1990. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 209.614/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.10.2011, *DJe* 1.2.2012).

²⁶² “[...]. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/90). REGIME DE SEMILIBERDADE: DESCUMPRIMENTO: FUGA DO ADOLESCENTE: AUSÊNCIA DO REQUISITO DA REITERAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO *ULTRA PETITA*. 1. Na hipótese do art. 122, inciso III, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), faltando reiteração injustificada no descumprimento da medida socioeducativa de inserção em regime de semiliberdade (art. 112, V), a internação não pode ser aplicada. 2. As medidas específicas de proteção, referidas nos artigos 99 e 100 do ECA, são as alinhadas nos incisos I a VIII do art. 101 do mesmo Estatuto, as quais poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (mais de uma dentre as oito), bem como substituídas (uma por outra ou mais de uma por outras, mas sempre dentre as oito). 3. É certo que o art. 101 admite outras medidas além das oito específicas, mas da mesma natureza e mesmos objetivos, isto é, pedagógicas e que ‘visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários’, o que torna incabível a determinação de internação, por constituir medida socioeducativa privativa da liberdade e não medida específica de proteção. 4. Considera-se decisão *ultra petita* o acórdão que diante do requerimento do representante do Ministério Público, objetivando a internação-sanção pelo prazo de três meses (§ 1º do art. 122), entendeu de afastar a aplicação do art. 122, III, e determinar, como incidente da execução, a regressão do adolescente ao regime de internação que pode durar até três anos (§ 3º do art. 121).

socioeducativas poderia ocorrer apenas (i) como forma de progressão da medida socioeducativa em execução (passagem para outra mais branda) ou (ii) entre medidas socioeducativas em meio aberto (art. 112, *caput*, II a IV, do ECA), porque dotadas do mesmo grau de abrangência pedagógica ou da mesma gravidade (art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase²⁶³) – portanto, sem se cogitar de regressão²⁶⁴.

Entendemos ilegal a denominada “internação-substituição”, consubstanciada na substituição de medida socioeducativa em meio aberto ou de semiliberdade, aplicada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento), por internação sem prazo determinado (art. 122, *caput*, I e II, do ECA), pois tal procedimento implicaria desvio de execução (“excesso” qualitativo), em desrespeito ao disposto no art. 1º, § 2º, inciso III, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), que estabelece como objetivo das medidas socioeducativas “a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como *parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos*, observados os limites previstos em lei”. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA esclarece que “decorre isso do fato de que o Estado afirmou ser desnecessária a privação de liberdade para sancionamento daquele caso quando de seu julgamento, fixando o limite de sua ação socioeducativa em face do ato infracional praticado pelo adolescente”²⁶⁵.

Com efeito, uma regra infraconstitucional (art. 99 do ECA) não pode superar a limitação emanada da garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Diferentemente do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, em que sucede a modificação do regime de cumprimento (da mesma pena) ou o restabelecimento da pena privativa de liberdade inicialmente aplicada (objeto de substituição por penas restritivas de direitos), a substituição da medida socioeducativa significa a imposição de uma resposta estatal de natureza diversa daquela determinada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento) – parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos (art. 1º, § 2º, III, da Lei n. 12.594/12 - Sinase). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repudia a denominada “internação-substituição”, fundada na conjugação dos arts. 99 e 113,

[...]” (STF, 2ª Turma, HC n. 74.715, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 18.03.1997, *DJ* 16.05.1997).

²⁶³ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, § 3º: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

²⁶⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197.

²⁶⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90):

[...]. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME DE SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL: FURTO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. LEI 8.069/90, arts. 101, 112, VII, 113 e 122. I. - Compete ao juízo de mérito da ação socioeducativa, após o procedimento de apuração do ato infracional no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas de internação previstas nos incisos I e II do art. 122 do ECA. II. - Não há falar em ‘internação-substituição’ com fundamento no art. 113 do ECA, dado que a substituição somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção. Precedentes. [...].²⁶⁶

INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Representação. Procedência. Regime de semiliberdade. Execução socioeducativa. Nova apreensão por ato infracional grave. Instauração de outra representação. Nova medida de semiliberdade. Substituição consequente do primeiro regime por internação sem prazo determinado. Aplicação extensiva do art. 113 do ECA. (Lei n. 8.069/90). Inadmissibilidade. HC deferido. Inteligência dos arts. 110, 111 e 122 do ECA. Não é lícito, sobretudo em processo de execução socioeducativa, substituir medida de semiliberdade, imposta em processo de conhecimento, por internação sem prazo determinado, à conta de novo ato infracional do adolescente.²⁶⁷

Portanto, o descumprimento reiterado e injustificado de medida socioeducativa em meio aberto ou de semiliberdade pode ensejar apenas a internação-sanção (regressão temporária), limitada ao prazo de três meses (art. 122, *caput*, III, e § 1º, do ECA) e sempre antecedida da oitiva do adolescente (art. 43, § 4º, da Lei n. 12.594/12, e Súmula n. 265 do STJ), retomando-se, em seguida, a execução da medida socioeducativa anteriormente imposta.

Por derradeiro, cabe analisar a (im)possibilidade da denominada “internação-reversão”, que consiste no restabelecimento da medida socioeducativa de internação sem prazo determinado (art. 122, *caput*, I e II, do ECA), originalmente aplicada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento), depois de operada a sua progressão (substituição por outra mais branda) para medida socioeducativa de semiliberdade ou em meio aberto. Partindo de uma interpretação restritiva, entendemos pela impossibilidade da “internação-reversão”: depois de operada a progressão para medida socioeducativa de semiliberdade ou em meio aberto, seria adequada a aplicação da internação-sanção (regressão temporária, limitada ao prazo de três meses), especialmente concebida para o descumprimento reiterado e injustificável da medida socioeducativa em execução (art. 122, *caput*, III, e § 1º, do ECA)²⁶⁸. Para uma interpretação ampliativa, poderia ser cogitada a substituição da medida

²⁶⁶ STF, 2ª Turma, HC n. 85.503, rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.06.2005, DJ 26.08.2005.

²⁶⁷ STF, 1ª Turma, HC n. 84.682, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.03.2005, DJ 01.07.2005.

²⁶⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 195.

socioeducativa em execução (semiliberdade ou em meio aberto) por internação sem prazo determinado (o fenômeno que denominamos *reversão* ou *restabelecimento*), quando esta houver sido aplicada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento)²⁶⁹, porque então “o descumprimento da nova medida será resolvido nos limites do título executivo”²⁷⁰.

(ii) Princípio da brevidade

Como anteriormente analisado, o princípio da excepcionalidade de qualquer medida privativa da liberdade²⁷¹ atua como uma primeira barreira para a *aplicação* (incidência) da medida socioeducativa de internação (delimitação qualitativa ou limite vertical): no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), as medidas socioeducativas em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) são as sanções principais (posição de centralidade), de modo que as medidas socioeducativas privativas de liberdade (internação e semiliberdade) são consideradas “alternativas” (posição de subsidiariedade) – “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (art. 122, § 2º, do ECA). O princípio da brevidade (art. 227, § 3º, V, da CF²⁷², e art. 121, *caput*, do ECA), por seu turno, atua como uma segunda barreira para a *execução* da medida socioeducativa de internação aplicada (delimitação quantitativa ou limite horizontal), caso superada a barreira anterior (de incidência).

²⁶⁹ “[...]. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A ROUBO MAJORADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO, DEPOIS SUBSTITUÍDA POR LIBERDADE ASSISTIDA. PRÁTICA DE NOVOS ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A ROUBO E ESTUPRO. CONVERSÃO PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO EM INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. POSSIBILIDADE. Se o adolescente, que obteve a substituição da internação sem prazo determinado por liberdade assistida, comete novos atos infracionais equiparáveis aos delitos de roubo e estupro, pode o Juízo da Execução determinar o retorno à medida de internação por prazo indeterminado, em atendimento ao disposto nos artigos 99, 100 e 113 do ECA. (Precedentes). [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 87.490/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 27.3.2008, *DJe* 9.6.2008).

²⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 155.

²⁷¹ Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

²⁷² Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

O princípio da brevidade desempenha importante função limitadora (reduzora) na execução (duração ou extensão temporal) da medida socioeducativa de internação, notadamente pelo fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) adotar um modelo de *indeterminação relativa* da quantidade da sanção (*indeterminação a priori*): na sentença sancionatória, resultante do juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento), não se procede a uma dosimetria (art. 68, *caput*, do CP), pois o juiz aplica a medida socioeducativa de internação sem prazo determinado (art. 121, § 2º, do ECA), de modo que, *a priori*, a sanção sempre pode alcançar o limite legal de três anos (art. 121, § 3º, do ECA) – a determinação concreta do aspecto temporal somente se opera *a posteriori*, no juízo de execução da medida socioeducativa de internação, por meio de procedimentos de reavaliação da sua manutenção, no máximo a cada seis meses (art. 121, § 2º, do ECA²⁷³, e art. 42 da Lei n. 12.594/12 - Sinase²⁷⁴). Assim, a debilidade da garantia da legalidade da sanção, decorrente da ausência de cominação de margens (mínima e máxima) para cada conduta e da posterior aplicação sem prazo determinado (apenas com o limite superior de três anos), seria compensada pelo princípio da brevidade na execução da medida socioeducativa de internação.

Emerge, assim, uma relação de complementaridade entre os princípios da excepcionalidade e da brevidade:

(i) em um primeiro momento, a *excepcionalidade* (de incidência) da medida socioeducativa de internação estabelece um limite vertical (profundidade ou gravidade progressiva) na determinação judicial da qualidade da sanção a ser aplicada ao adolescente: as medidas socioeducativas em meio aberto (de menor profundidade ou gravidade) são as sanções principais; as medidas socioeducativas privativas de liberdade (de maior profundidade ou gravidade) são ambas “alternativas” (subsidiariedade) e, entre elas, a semiliberdade apresenta uma excepcionalidade simples ou “fraca”, enquanto a internação apresenta uma

²⁷³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] § 2º A medida *não* comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses”.

²⁷⁴ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável. § 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária. § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

excepcionalidade qualificada ou “forte”, pois “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (art. 122, § 2º, do ECA) – o art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase, dispõe: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”;

(ii) em um segundo momento, caso aplicada a medida socioeducativa de internação, a *brevidade* da sua execução estabelece um limite horizontal (extensão ou duração concreta) na determinação judicial da quantidade da sanção imposta ao adolescente: o tempo de cumprimento da medida socioeducativa de internação deve ser o menor possível, aquele estritamente necessário para a realização de sua finalidade (art. 46, II, da Lei n. 12.594/12 – Sinase).

Em suma: o princípio da excepcionalidade impõe que a medida socioeducativa de internação seja aplicada no menor número de casos possível; quando aplicada, o princípio da brevidade impõe que a medida socioeducativa de internação seja executada (cumprida) pelo menor tempo possível. A respeito da relação de complementaridade entre os princípios da excepcionalidade e da brevidade, MARTHA DE TOLEDO MACHADO pontua que:

O termo “excepcionalidade” da medida de privação de liberdade, num sentido lato, comporta duas acepções: *excepcionalidade de incidência* da medida e *excepcionalidade temporal*, de duração, da medida. Com a primeira acepção diz a *excepcionalidade* referida no dispositivo constitucional; com a segunda, diz a *brevidade*.

Trato-as, pois, conjuntamente em boa medida, pelo grau de identidade ontológica entre as garantias, centrando-me na análise da primeira, por sua condição de generalidade em relação à segunda (a *excepcionalidade temporal* é um desdobramento da *excepcionalidade de incidência*).²⁷⁵

A internação definitiva, aplicada em sentença sancionatória resultante do juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento) e que representa uma resposta estatal ao *ato infracional* cometido com grave ameaça ou violência (corporal) contra a pessoa ou em caso de reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, *caput*, I e II, do ECA), não comporta prazo determinado, devendo a sua manutenção ser reavaliada, mediante

²⁷⁵ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 350-351.

decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses (art. 121, § 2º, do ECA²⁷⁶, e art. 42 da Lei n. 12.594/12 - Sinase²⁷⁷).

O art. 43, *caput*, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), acrescenta que a reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. O pedido de reavaliação antecipada pode ser justificado pelo desempenho adequado do adolescente, com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; pela inadaptação do adolescente ao programa e pelo reiterado descumprimento das atividades do plano individual; pela necessidade de modificação das atividades do plano individual, que importem em maior restrição da liberdade do adolescente; entre outros motivos (art. 43, § 1º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

A despeito da indeterminação temporal na aplicação da medida socioeducativa de internação, a sua execução fica limitada ao período máximo de três anos (art. 121, § 3º, do ECA). Alcançado o limite legal (três anos) de cumprimento da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), o juiz deve decidir entre três possibilidades (art. 121, § 4º, do ECA):

(i) substituição da medida socioeducativa de internação pela semiliberdade (progressão mínima), como forma de transição para o meio aberto (art. 120, *caput*, segunda parte, do ECA). Como se percebe, mesmo depois dos três anos de cumprimento da medida socioeducativa de internação, pode o Juiz da Infância e da Juventude determinar a inserção do adolescente em medida socioeducativa de semiliberdade, por mais três anos (art. 120, § 2º, do

²⁷⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] § 2º A medida *não* comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses”.

²⁷⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42: “As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável. § 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária. § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

ECA), de modo que a sua privação da liberdade poderia alcançar seis anos. Em outras palavras: o prazo legal de três anos se refere ao cumprimento da mesma medida socioeducativa e não ao processo de execução como um todo.

(ii) substituição da medida socioeducativa de internação pela liberdade assistida (progressão máxima), colocando o adolescente diretamente em meio aberto. Em caso de liberação do adolescente, o acompanhamento da execução de medida em meio aberto eventualmente aplicada em substituição (progressão) à medida privativa de liberdade (internação) deve, preferencialmente, ficar a cargo do juízo do local do domicílio dos pais ou responsável, ao qual serão encaminhados os autos de execução da medida (art. 13, § 3º, da Resolução n. 165/12, do CNJ).

(iii) liberação (soltura) do adolescente internado, se entender que a intervenção socioeducativa alcançou plenamente a sua finalidade (extinção da medida: art. 46, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase). A decisão que extinguir a medida socioeducativa de internação (ou semiliberdade) deverá ser, na mesma data, comunicada ao gestor da unidade para liberação imediata do adolescente (art. 18 da Resolução n. 165/12, do CNJ). A desinternação deve sempre ser precedida de autorização judicial, depois de ouvido o Ministério Público (art. 121, § 6º, do ECA).

Cabe salientar que o limite legal de três anos para o cumprimento da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA) pode ser superado: em caso de superveniência de decisão sancionatória (aplicação de nova medida socioeducativa de internação) por ato infracional praticado *durante* a execução, reinicia-se a contagem (interrupção) do prazo máximo de três anos (art. 45, § 1º, *in fine*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase), a partir do cometimento da conduta.

Para a adequada contextualização do tema, identificaremos algumas premissas relacionadas ao incidente de unificação de medidas, com o escopo de apresentar as peculiaridades existentes na execução das medidas socioeducativas – em comparação com a execução penal dos adultos. A unificação pressupõe que, no curso da execução de uma medida socioeducativa, sobrevenha decisão sancionatória com a aplicação de *nova* medida socioeducativa. Em casos assim, o juiz deve proceder à unificação das medidas, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo (art. 45, *caput*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase). Cada adolescente, independentemente do número e do tipo das medidas a serem executadas, deve ter reunidas as

guias de execução definitivas, em autos únicos, observado o disposto no art. 45 da Lei n. 12.594/12 (art. 11, § 2º, da Resolução n. 165/12, do CNJ). A unificação das medidas socioeducativas pode ocorrer de duas formas: por cumulação ou por subsunção.

A unificação *por cumulação* (arts. 99 e 113 do ECA) consiste no cumprimento simultâneo de medidas socioeducativas *diferentes*, aplicadas por uma mesma sentença ou por sentenças distintas (unificação no processo de execução). A cumulação somente pode ser admitida entre as medidas socioeducativas em meio aberto (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida), por serem dotadas do *mesmo* grau de abrangência pedagógica – assim compreendida a amplitude da intervenção pedagógica, ou seja, a intensidade dos meios empregados para o atingimento dos objetivos de integração social do adolescente (art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase) e inibição da reincidência²⁷⁸, sendo maior ou menor segundo a gravidade da medida (apenas as medidas socioeducativas em meio aberto possuem a *mesma* gravidade - art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase²⁷⁹).

Para os casos de concurso de medidas socioeducativas *idênticas* ou de graus de abrangência pedagógica *distintos*, aplica-se a unificação *por subsunção*, que consiste na incorporação de uma medida socioeducativa (subsumida) por outra (subsunçora). O instituto radica nas seguintes premissas²⁸⁰: (i) todas as medidas socioeducativas aplicadas convergem para o mesmo objetivo (ideal pedagógico), consubstanciado na integração social do adolescente (art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase) e inibição da reincidência (a finalidade primordial não seria a retribuição de cada um dos atos infracionais praticados); (ii) medidas socioeducativas idênticas têm o mesmo objetivo e a mesma abrangência pedagógica (subsunção homogênea); (iii) a medida socioeducativa mais grave apresenta maior abrangência pedagógica e, por isso, logicamente incorpora a abrangência pedagógica das medidas mais brandas (subsunção heterogênea): a internação (em meio fechado) incorpora a semiliberdade (em meio semiaberto), que incorpora qualquer das medidas em meio aberto, de acordo com a escala de gravidade estabelecida no art. 42, § 3º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de

²⁷⁸ FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3066].

²⁷⁹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, § 3º: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

²⁸⁰ FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3066].

Atendimento Socioeducativo - Sinase)²⁸¹ – o emprego dos recursos pedagógicos de maior intensidade torna inócuos os recursos pedagógicos de menor intensidade, haja vista o conteúdo estratégico da intervenção (relação de continência) e a identidade de objetivo^{282, 283}

Tais considerações permitem compreender a *ratio essendi* da regra temporal estabelecida no art. 45, § 1º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), consistente na proibição de o juiz determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa ou deixar de considerar os prazos máximos e de liberação compulsória previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – excetuado o caso de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução. Como

²⁸¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 42, § 3º: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

²⁸² “[...]. 2. Conforme o art. 45 da Lei n. 12.594/2012, se, em processos distintos, sobrevier aplicação de outra medida socioeducativa (MSE) ao adolescente, a autoridade judiciária procederá à unificação e poderá determinar o reinício de seu prazo máximo na hipótese de ato infracional posterior, praticado no transcurso da execução. 3. O agravante cumpria liberdade assistida e, em virtude de nova infração, foi submetido a internação. Se as duas medidas convergem nos mesmos objetivos e a execução visa as condições peculiares do adolescente, haverá inutilidade, em termos práticos, de sobrestamento daquela em meio aberto. Os fins da responsabilização no âmbito do paradigma da proteção integral já estão sendo efetivados por meio da intervenção com maior abrangência para a reversão do potencial criminógeno. 4. Ante a absorção lógica da liberdade assistida pela internação e a ausência de restrição legal expressa, impõe-se o restabelecimento da unificação das medidas diversas, reunidas pelo Juiz de primeiro grau sob a mais severa, o que cumprirá os objetivos do art. 1º, § 2º, I e III da Lei do Sinase. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp n. 2.094.292/SE, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 23.8.2022, *DJe* 31.8.2022).

²⁸³ A decisão seguinte desconsidera as peculiaridades do modelo de responsabilidade especial (diferenciada) de adolescentes: em lugar de a nova medida socioeducativa de internação incorporar a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade em execução (subsunção heterogênea), o Acórdão determinou o cumprimento sucessivo da internação e da medida socioeducativa em meio aberto, em clara aplicação da regra contida no art. 76 do Código Penal (“no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave”), que orienta o modelo de responsabilidade penal comum dos adultos. A decisão ainda identifica a “unificação” com a cumulação de sanções (concomitante ou sucessiva), como se fosse algo contraposto ao fenômeno da “absorção”, o que nos parece equivocado, pois, como analisado, a unificação (gênero) pode ocorrer por cumulação ou por subsunção (absorção): “[...]. II - Com efeito, ‘é firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o art. 45 da Lei n. 12.594/12 estabelece critérios específicos para a execução das medidas socioeducativas supervenientes à execução, dispondo sobre as hipóteses em que essas devem ser unificadas quando o ato infracional for praticado durante a execução ou absorvidas quando a infração for praticada antes do início da execução, o que não impede a apuração e o julgamento de novos atos infracionais, com a aplicação de novas medidas ao adolescente, cabendo, contudo, ao Juízo de Execução avaliar, no caso concreto, a possibilidade de unificação ou extinção de uma delas (HC n. 380.334/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, *DJe* 11/5/2017)’ (AgRg no HC n. 389.253/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, *DJe* de 01/04/2019, grifei). III - Na hipótese em foco, durante o curso da execução da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, o paciente cometeu novo ato infracional análogo ao delito previsto no art. 157, §§ 2º, II, 2º-A, I, do Código Penal. Em razão deste ato infracional, houve a decretação de medida socioeducativa de internação. Nessas circunstâncias, correto o entendimento firmado pelo Tribunal de origem. Isso porque, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, *quando, durante o cumprimento de execução de medida socioeducativa, houver cometimento de nova infração, as medidas empregadas devem ser unificadas, não sendo o caso de absorção de uma por outra*, como o Juízo de Direito de primeiro grau acabou por assim fazê-lo. Desta feita, a unificação procedida pela Corte originária mostra-se escorregada, de modo que, em primeiro, se cumpra a mais grave e, em seguida, a concernente em meio aberto. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 663.299/SE, rel. Min. Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDFT, j. 17.8.2021, *DJe* 24.8.2021).

se percebe, a disciplina legal logicamente pressupõe que a medida socioeducativa em execução e a nova medida socioeducativa (aplicada em decisão sancionatória superveniente) sejam idênticas, pois somente na subsunção homogênea se poderia cogitar de “reiniciar” o cumprimento da (mesma) medida socioeducativa – a nova medida socioeducativa, se mais branda, seria simplesmente subsumida ou incorporada; se mais grave, incorporaria a medida socioeducativa em execução, que seria subsumida (e não reiniciada). A possibilidade de interrupção (recomeço da contagem) do prazo legal de cumprimento da medida socioeducativa ainda depende do momento em que foi *praticado* o ato infracional que ensejou a aplicação da nova medida socioeducativa (conduta praticada antes ou depois de *iniciada* a execução da medida socioeducativa em curso).

Em caso de nova medida socioeducativa aplicada por ato infracional praticado *antes* de iniciada a execução da medida socioeducativa em curso, opera-se a unificação por subsunção (incorporação da nova medida socioeducativa) *sem* alteração do prazo de cumprimento da medida socioeducativa em execução (aproveitamento do tempo anteriormente cumprido). Trata-se da denominada subsunção lógica, que não implica agravamento da situação do adolescente²⁸⁴ e que emana do princípio da atualidade da situação do adolescente no momento de a decisão ser tomada (arts. 100, parágrafo único, VIII, e 113, ambos do ECA). Como esclarece JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA:

O que a norma busca alcançar é que o ‘histórico’ infracional do adolescente ou o quadro que apresentava antes de sua internação não poderá ser invocado para justificar sua perpetuação, embora seja um elemento a ser considerado pela equipe técnica da unidade para fins de elaboração do ‘plano individual de atendimento’ e intervenções junto ao adolescente e sua família.²⁸⁵

Por identidade de motivos, o art. 45, § 2º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), estabelece a proibição de o juiz aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados *anteriormente*, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido

²⁸⁴ FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3066].

²⁸⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 142.

para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

Importante reiterar a ideia que inspira e condensa as peculiaridades do modelo de responsabilidade especial (diferenciada) de adolescentes: a medida socioeducativa representa um **processo de aprendizagem**, que abrange *todas as condutas praticadas antes do início da execução* da medida socioeducativa em curso, cumprida ou progredida²⁸⁶ (art. 45, §§ 1º e 2º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase)²⁸⁷ – não se busca a retribuição (cumulativa) de toda e qualquer conduta praticada, como no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (art. 111 da LEP²⁸⁸).

Diversamente, em caso de nova medida socioeducativa aplicada por ato infracional praticado *durante* a execução da medida socioeducativa em curso, opera-se a unificação por subsunção (incorporação da nova medida socioeducativa) com *interrupção* do prazo de cumprimento da medida socioeducativa em execução (reinicia-se a sua contagem), sempre respeitado o limite intransponível de vinte e um anos de idade para a liberação compulsória

²⁸⁶ “[...]. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO. UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS. REGRESSÃO À MEDIDA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. [...]”. 2. *In casu*, o paciente foi condenado à medida socioeducativa de internação por ato infracional praticado anteriormente (4/3/2012) ao cumprimento de internação em outro processo (27/7/2013 até 2/7/2014), pelo qual fora beneficiado com medidas em meio aberto. 3. O art. 45, § 2º, da Lei n. 12.594/2012 (SINASE) veda expressamente que se aplique e se execute nova medida de internação, por fato anterior, a adolescente que já tenha cumprido a internação ou se encontre cumprindo medida mais favorável. Precedentes. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para declarar absorção do ato infracional análogo ao crime de roubo majorado (Processo n. 05659-57.2012.8.26.0361 - Comarca de Mogi das Cruzes) praticado antes da execução da medida de internação imposta ao adolescente (Processo Físico n. 0009954-94.2014.8.26.0191 - da 3ª Vara do Foro Distrital de Ferraz de Vasconcelos/Comarca de Poá) e, por consequência, extinguir o feito” (STJ, 5ª Turma, HC n. 311.963/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 20.9.2016, *DJe* 28.9.2016).

²⁸⁷ “[...]. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 45, § 2º, DA LEI N. 12.594/2012 (LEI DO SINASE). ATO INFRACIONAL PRATICADO ANTES DO INÍCIO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA ANTERIORMENTE IMPOSTA. ABSORÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O termo ‘anteriormente’ contido no § 2º do art. 45 da Lei n. 12.594/2012 refere-se ao início da execução, não à data da prática do ato infracional que originou a medida extrema primeiramente imposta. 2. O retorno do adolescente à internação após demonstrar que está em recuperação – apresentou méritos para progredir para medida em meio aberto – significaria um retrocesso em seu processo de ressocialização. 3. Deve-se ter em mente que, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação ao menor em conflito com a lei não existe pretensão punitiva, mas educativa, considerando-se a ‘condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’ (art. 6º da Lei n. 8.069/90), sujeitos à proteção integral (art. 1º do ECA). [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 274.565/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 12.5.2015, *DJe* 21.5.2015.)

²⁸⁸ Lei n. 7.210/1984 (LEP), art. 111: “Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

(art. 121, § 5º, do ECA). Trata-se da denominada subsunção modificadora²⁸⁹, que implica agravamento da situação do adolescente (art. 45, § 1º, *in fine*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase) – o cometimento de ato infracional durante a execução evidencia que o processo de aprendizagem (contido na medida socioeducativa em curso) agora falhou, impondo-se seja reiniciado.

A respeito da possibilidade de detração na execução das medidas socioeducativas, temos que o tempo de internação provisória do adolescente (arts. 108, 183 e 185, todos do ECA) deve ser computado no prazo máximo de três anos da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA)²⁹⁰, bem como no prazo máximo de seis meses para a reavaliação da sua manutenção (art. 121, § 2º, do ECA, e art. 42, *caput*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

Pode ainda ocorrer a denominada detração anômala ou interdisciplinar, em que o tempo de prisão cautelar (do processo penal) seria computado na medida socioeducativa (sanção especial ou diferenciada). Tal fenômeno pressupõe um adulto, menor de vinte e um anos de idade, que praticou infração penal enquanto ainda sujeito ao cumprimento de medida socioeducativa por ato infracional anterior (arts. 2º, parágrafo único, 120, § 2º, e 121, § 5º, todos do ECA, e Súmula n. 605 do STJ²⁹¹): nesse caso, o tempo de prisão cautelar não convertida em pena privativa de liberdade deve ser descontado do prazo de cumprimento da medida socioeducativa (art. 46, § 2º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase). Assim, quando o sujeito não for condenado na jurisdição penal, o tempo de prisão cautelar (flagrante²⁹², temporária e preventiva) deve ser computado (detração) no prazo máximo de três anos da medida socioeducativa (arts. 120, § 2º, e 121, § 3º, ambos do ECA), bem como no prazo máximo de seis meses para a reavaliação da sua manutenção (art. 121, § 2º, do ECA, e art. 42, *caput*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

²⁸⁹ FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3066].

²⁹⁰ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

²⁹¹ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

²⁹² Em rigor, a prisão em flagrante delito seria considerada uma medida pré-cautelar ou subcautelar, pois antecede a medida cautelar principal, a saber: conversão em prisão preventiva ou substituição por liberdade provisória (medida cautelar pessoal diversa da prisão), de acordo com o disposto no art. 310, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

O art. 14, *caput*, da Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), igualmente dispõe que, para efeito da reavaliação prevista no art. 42 da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), a contagem do prazo deve ser feita a partir da data da apreensão do adolescente, considerando-se, ainda, eventual tempo de prisão cautelar que não se tenha convertido em pena privativa de liberdade (art. 46, § 2º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

Em qualquer caso, deve haver *liberação compulsória* do infrator aos vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º, do ECA²⁹³, e Súmula n. 605 do STJ²⁹⁴), limite legal intransponível para a incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). O art. 121, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece que “em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público”. De outra parte, o art. 19 da Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁹⁵, dispõe que a liberação, quando completados os vinte e um anos de idade (liberação compulsória), independe de decisão judicial. Assim, da conjugação das normas legal e administrativa, infere-se que a liberação compulsória (aos vinte e um anos de idade), porque opera *ex vi legis*, com base em critério puramente objetivo (idade), deve ser determinada diretamente pelo dirigente da unidade de atendimento socioeducativo (autoridade administrativa), sob pena da tipificação do crime definido no art. 235 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)²⁹⁶. Para os demais casos de desinternação (liberação), incidiria o disposto no art. 121, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), por força da necessidade de aferição judicial da realização da finalidade da medida socioeducativa (art. 46, II, da Lei n. 12.594/2012 - Sinase²⁹⁷) – possibilidade de substituição

²⁹³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 5º: “A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”.

²⁹⁴ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

²⁹⁵ Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), art. 19: “A liberação quando completados os 21 (vinte e um) anos independe de decisão judicial, nos termos do § 5º do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

²⁹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 235: “Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

²⁹⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 46: “A medida socioeducativa será declarada extinta: [...] II - pela realização de sua finalidade; [...] e V - nas demais hipóteses previstas em lei”.

por medida socioeducativa de semiliberdade (progressão mínima) ou de liberdade assistida (progressão máxima).

A internação-sanção (regressão temporária), aplicada no juízo de execução das medidas socioeducativas (processo de execução) e que representa uma resposta estatal ao *descumprimento* reiterado e injustificável da medida socioeducativa anteriormente imposta (art. 122, *caput*, III, do ECA), deve ser decretada com prazo determinado, dentro do limite de três meses (art. 122, § 1º, do ECA) – em seguida, deve ser restabelecida a medida socioeducativa originalmente aplicada.

Discute-se a respeito do aspecto temporal da internação-sanção em caso de novo descumprimento reiterado e injustificável da medida restabelecida. Entendemos que o limite legal de três meses (art. 122, § 1º, do ECA) alcança a internação-sanção como um todo, globalmente considerada. Assim, *v.g.*, se o juiz aplicou a internação-sanção pelo prazo de um mês, em caso de novo descumprimento reiterado e injustificável da medida restabelecida, a reaplicação da internação-sanção fica agora limitada ao prazo remanescente de dois meses. EDUARDO DIAS DE SOUZA FERREIRA pondera que:

essa internação, com prazo certo, pode ser aplicada por mais de uma vez, visando o cumprimento da mesma medida, desde que não ultrapasse a soma total do prazo máximo. Por isso não seria lícito aplicá-la por três meses, pois, retornando o adolescente para a medida originária e a descumprindo, seria aplicada novamente, ainda que por cinco dias, pois o prazo máximo para aquela medida já se esgotou. O tema do prazo está relacionado aos efeitos dessa medida incidental. Assim, para que tal previsão surta o efeito esperado, melhor seria aplicá-la inicialmente por cinco dias ou até dois dias e estendê-la, numa segunda vez, por quinze dias, depois um mês ou já por dois meses e dez dias.²⁹⁸

Em sentido diverso, uma interpretação ampliativa sustenta que o novo descumprimento reiterado e injustificável da medida restabelecida possibilita a aplicação da internação-sanção em sua plenitude, pelo prazo máximo de três meses (art. 122, § 1º, do ECA), independentemente da aplicação anterior²⁹⁹.

²⁹⁸ FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais**. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2010. p. 337-338.

²⁹⁹ LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado**. Organizador: Antônio Cláudio da Costa Machado. Barueri, SP: Manole, 2012. p. 211.

Em caso de descumprimento da medida socioeducativa de internação definitiva, sem prazo determinado (art. 122, *caput*, I e II, do ECA) – v.g., fuga da unidade de atendimento socioeducativo –, não se cogita de sanção ou de regressão (impossibilidade jurídica de medida mais grave), mas de restrição judicial da realização de atividades externas (art. 121, § 1º, do ECA), quando da apreensão do adolescente e da retomada da execução da medida socioeducativa de internação³⁰⁰.

(iii) Princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF³⁰¹, e art. 121, *caput*, do ECA), que encontra o seu maior grau de realização na regra constitucional de inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade (art. 228 da CF), impõe que as medidas socioeducativas (sanção especial) sejam ontologicamente diferenciadas das penas cominadas e aplicadas para os adultos.

Em relação ao conteúdo da medida socioeducativa, sobressai a obrigatoriedade da realização de *atividades pedagógicas* durante o período de internação, inclusive provisória (art. 123, parágrafo único, do ECA), por se tratar de aspecto diretamente relacionado ao objetivo primordial que ilumina a aplicação e a execução das medidas socioeducativas. Acerca do aspecto espacial da medida socioeducativa, o art. 123, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece que a medida socioeducativa de internação deve 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

³⁰⁰ “[...]. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO (ART. 157, § 2º, II C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO COM POSSIBILIDADE DE ATIVIDADES EXTERNAS. FUGA DO ESTABELECIMENTO DE INTERNAÇÃO. POSTERIOR VEDAÇÃO À REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES EXTERNAS. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PARECER TÉCNICO DESFAVORÁVEL. ART. 121, § 1º DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. [...]. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Juízo Menorista a faculdade de vedar a concessão do direito à realização de atividades externas, diante da análise das peculiaridades do caso concreto, ainda que a sentença condenatória tenha estabelecido a possibilidade de atividades externas. 2. *In casu*, as instâncias ordinárias apontaram justificativas deveras concretas para a vedação do benefício, como o comportamento insatisfatório e respaldo familiar insuficiente, a evasão da unidade de internamento durante o usufruto da benesse de realização de atividades externas e o abandono do estágio realizado no Tribunal de Justiça [...]. 3. *Não há que se falar em regressão de medida quando ao menor já havia sido aplicada a medida de internação* e é cassada a possibilidade de realização de atividades externas, uma vez que se trata apenas de revogação de um benefício concedido. [...]” (STJ, 5ª Turma, RHC n. 26.371/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.10.2009, DJe 7.12.2009).

³⁰¹ Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

infração, sendo ainda vedada a edificação de unidades socioeducacionais em espaços contíguos, anexos, ou de qualquer outra forma integrados a estabelecimentos penais (art. 16, § 1º, da Lei n. 12.594/2012 - Sinase).

O art. 49, inciso II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), reconhece o direito de o adolescente ser inserido em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade em estabelecimento educacional com instalações adequadas (arts. 15, I, e 16, *caput* e § 1º, ambos da Lei n. 12.594/2012 - Sinase, e arts. 123 e 185, *caput*, ambos do ECA), na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável (art. 124, VI, do ECA). Excepcionalmente, em casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa (art. 122, I, do ECA), o adolescente deve ser internado em unidade mais próxima de seu local de residência (art. 49, II, *in fine*, da Lei n. 12.594/2012 - Sinase, e arts. 124, VI e 185, § 1º, ambos do ECA).

A redação do art. 124, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao reconhecer o direito de o adolescente “permanecer internado na mesma localidade *ou* naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável”, inicialmente sugere uma alternatividade de possibilidades para o atendimento do princípio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo (arts. 113 e 100, *caput*, ambos do ECA³⁰², e art. 35, IX, da Lei n. 12.594/12 - Sinase³⁰³). O art. 49, inciso II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), no entanto, impõe maior grau de realização daquele princípio: ao estabelecer a excepcionalidade da internação “em unidade mais próxima de seu local de residência” (localidade diversa), reservando-a aos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa, o dispositivo legal reconheceu, *a contrario sensu*, o direito de o adolescente permanecer internado na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável nos demais casos (conduta cometida sem grave ameaça e violência contra a pessoa), sob pena de sua inclusão em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade na localidade adequada.

³⁰² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 113: “Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”. O art. 100, *caput*, do mesmo diploma legal estabelece: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

³⁰³ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: [...] IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo”.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nega a inclusão do adolescente em programa de meio aberto, mesmo em caso de ato infracional cometido sem grave ameaça e violência contra a pessoa (v.g., conduta definida como crime de tráfico de drogas), por considerar relativo (e não absoluto) o direito de o adolescente permanecer internado na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável (art. 124, VI, do ECA, e art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 - Sinase)³⁰⁴.

O art. 185, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece algumas regras para a internação provisória, assim considerada aquela determinada antes da sentença, como medida cautelar pessoal (art. 108 do ECA) – a referência à internação “decretada ou mantida pela autoridade judiciária”, contida no art. 185, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), logicamente remete ao artigo anterior, que dispõe: “Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo” (art. 184, *caput*, do ECA).

O art. 185, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), reforça que a internação (provisória) não pode ser cumprida em estabelecimento prisional, em face do princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 121, *caput*, do ECA). E acrescenta que, inexistindo na comarca entidade

³⁰⁴ “[...]. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGISTRO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANTERIOR. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO ADEQUADA. ART. 122, INCISO II, DO ECA. ART. 49, INCISO II, DA LEI N. 12.594/2012 (SINASE). DIREITO DE CUMPRIR A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO LOCAL DE SUA RESIDÊNCIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. [...]. - Este Tribunal tem assentado que o direito do adolescente de cumprimento da medida com privação de liberdade na localidade em que residem os pais ou responsáveis não é absoluto e que deve ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, de forma a se considerar o histórico infracional do adolescente, o ato infracional praticado, a necessidade de manutenção da medida expressa no relatório técnico, o plano individual de atendimento, bem como o fato de o adolescente estar cumprindo a medida aplicada em distrito próximo aos genitores ou responsáveis. - A regra prevista no art. 49, inciso II, do SINASE, deve incidir após a consideração do caso concreto, de forma que o julgador esteja atento às situações específicas do adolescente. Na hipótese, o Tribunal local entendeu que a manutenção da internação da menor se fazia necessária, não havendo excepcionalidade justificadora de sua liberação [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 683.959/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.8.2021, *DJe* 20.8.2021). Em igual sentido: “ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ART. 122, II, DO ECA. PACIENTE INTERNADA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA DE SUA MORADIA. POSSIBILIDADE. [...]. 2. É relativo o direito da adolescente de ser internada em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio. *In casu*, não há unidade apropriada para medida de internação na Comarca de moradia dos pais da paciente, sendo, portanto, possível o cumprimento da providência na localidade mais próxima. Esclareça-se que, embora o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, não se pode desmerecer o fato da medida de internação ter sido imposta em razão do art. 122, II, do aludido Estatuto. [...]” (STJ, 6ª Turma, HC n. 337.830/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.11.2015, *DJe* 30.11.2015).

com as características adequadas (definidas no art. 123 do ECA), o adolescente deve ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima (art. 185, § 1º, do ECA). Em caso de impossibilidade de pronta transferência, o adolescente então aguarda a sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade (art. 185, § 2º, do ECA) – entendemos que o descumprimento do prazo legal impõe a liberação do adolescente, por ilegalidade superveniente da internação provisória, ainda tipificando o crime definido no art. 235 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³⁰⁵. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade excepcional de o adolescente internado permanecer recolhido em repartição policial por prazo superior a cinco dias, desde que em seção isolada dos presos adultos e com instalações apropriadas (art. 185, § 2º, do ECA)³⁰⁶.

A medida socioeducativa de internação possibilita a realização de *atividades externas*, a critério da equipe técnica da entidade (independe de ordem judicial), salvo expressa determinação judicial em contrário (art. 121, § 1º, do ECA). Consagra-se, assim, a teoria da *incompletude institucional* do internato: a intervenção sobre o adolescente não pode ser limitada aos recursos oferecidos na unidade onde se desenvolve o programa de atendimento socioeducativo. Em igual sentido, o art. 94, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), determina que as entidades que desenvolvem programas de internação utilizem preferencialmente os recursos da comunidade. Como forma de estabelecer um diferencial de tratamento entre as medidas socioeducativas privativas da liberdade (semiliberdade e internação com possibilidade de realização de atividades externas), JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA pondera que, na internação, as atividades externas devem ser realizadas *com*

³⁰⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 235: “Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

³⁰⁶ “[...]. - AUSÊNCIA, NA COMARCA, DE ESTABELECIMENTO PRÓPRIO PARA ADOLESCENTES - CUSTÓDIA PROVISÓRIA EM CADEIA PÚBLICA, MOTIVADA POR RAZÕES EXCEPCIONAIS DE CARÁTER MATERIAL - ADMISSIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA DE TAL RECOLHIMENTO, DESDE QUE EFETUADO EM LOCAL COMPLETAMENTE SEPARADO DOS PRESOS ADULTOS [...]. - A medida socioeducativa de internação, aplicável a adolescentes que hajam cometido ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa (ECA, art. 122, I), deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, com observância das determinações constantes do art. 123 da Lei nº 8.069/90, não podendo superar, em qualquer hipótese, o período de três (3) anos (ECA, art. 121, § 3º). [...] - Situações de natureza excepcional, devidamente reconhecidas pela autoridade judiciária competente, podem justificar, sempre em caráter extraordinário, a internação de adolescentes em local diverso daquele a que refere o art. 123 do ECA, desde que esse recolhimento seja efetivado em instalações apropriadas e em seção isolada e distinta daquela reservada aos presos adultos, notadamente nas hipóteses em que a colocação do adolescente em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida seja desautorizada por avaliação psicológica que ateste a sua periculosidade social” (STF, 2ª Turma, HC n. 81.519, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.11.2002, DJ 02.05.2003).

vigilância direta ou monitoramento³⁰⁷.

Por força da sua natural excepcionalidade, a determinação judicial de restrição da realização de atividades externas pode ser revista a qualquer tempo pelo Juiz da Infância e da Juventude (art. 121, § 7º, do ECA). Ainda que haja restrição judicial da realização de atividades externas (art. 121, § 1º, do ECA), a direção do programa de execução de medida de privação da liberdade pode autorizar a *saída monitorada* do adolescente, com imediata comunicação ao juízo competente, nos casos de tratamento médico, doença grave ou falecimento, devidamente comprovados, de pai, mãe, filho, cônjuge, companheiro ou irmão (art. 50 da Lei n. 12.594/12 - Sinase).

O art. 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) ainda estabelece os direitos do adolescente privado de liberdade, reconhecendo, entre outros, o de receber visitas, ao menos, semanalmente (art. 94, V, do ECA), podendo a autoridade judiciária suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente (art. 124, § 2º, do ECA). A Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase) disciplina as visitas a adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação (arts. 67 a 70), garantindo o direito de receber visita dos filhos, independentemente da idade desses (art. 69). A visita do cônjuge, companheiro, pais ou responsáveis, parentes e amigos a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa de internação deve observar dias e horários próprios definidos pela direção do programa de atendimento (art. 67 da Lei n. 12.594/12 - Sinase), devendo o regulamento interno estabelecer as hipóteses de proibição da entrada de objetos na unidade de internação, vedando o acesso aos seus portadores (art. 70 da Lei n. 12.594/12 - Sinase). O art. 68, *caput*, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), assegura ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima, devendo o visitante ser identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que deve emitir documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima (art. 68, parágrafo único).

Em nenhum caso haverá incomunicabilidade do adolescente privado de liberdade (art. 124, § 1º, do ECA). O art. 246 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) define como infração administrativa a conduta do responsável ou funcionário de entidade de

³⁰⁷ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 180.

atendimento que consista em impedir o exercício dos direitos constantes nos incisos II, III, VII, VIII e XI do art. 124 do mesmo diploma legal.

O isolamento do adolescente em execução de medida socioeducativa não pode ser previsto ou aplicado como sanção disciplinar, mas apenas como medida adequada de contenção e segurança para preservação da integridade física e mental dos internos (art. 125 do ECA). Ao estabelecer os requisitos específicos para a inscrição de programas de semiliberdade ou internação, o art. 15, inciso IV, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), reclama a definição das estratégias para a gestão de conflitos, esclarecendo ser vedada a previsão (abstrata) de isolamento cautelar, exceto nos casos contidos no § 2º do art. 48 do mesmo diploma legal – que consigna ser vedada a aplicação (concreta) de sanção disciplinar de isolamento a adolescente interno, salvo quando a medida for imprescindível para garantia da segurança de outros internos ou do próprio adolescente a quem seja imposta a sanção, sendo ainda necessária a comunicação ao defensor, ao Ministério Público e ao Juiz da Infância e da Juventude em até vinte e quatro horas (art. 48, § 2º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase). Em igual sentido, o art. 16, § 2º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), permite que a direção da unidade de atendimento socioeducativo adote, em caráter excepcional, medidas para proteção do interno em casos de risco à sua integridade física, à sua vida ou à de outrem, comunicando, de imediato, seu defensor e o Ministério Público.

Os direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa são ainda disciplinados nos arts. 49 a 51 da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase).

Analisada a medida socioeducativa de internação, a partir dos princípios da excepcionalidade, da brevidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF³⁰⁸, e art. 121, *caput*, do ECA), observa-se que tal resposta estatal encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente no *regime fechado* de cumprimento da pena privativa de liberdade, que admite a prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, desde

³⁰⁸ Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (arts. 36, *caput*³⁰⁹, e 37, *caput*³¹⁰, ambos da Lei n. 7.210/84 - LEP) – tal como a medida socioeducativa de internação, que possibilita a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade (independe de ordem judicial), salvo expressa determinação judicial em contrário (art. 121, § 1º, do ECA), com vigilância direta.

A apreciação individual das medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA) demonstrou que, em seu aspecto ontológico, cada uma delas apresenta alguma carga de sanção (privação de um bem ou direito objetivamente considerado), de progressiva intensidade, que encontra correspondência em diversas formas de punição contempladas no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, tais como a advertência (art. 28, *caput*, I, da Lei n. 11.343/06), as penas restritivas de direitos de prestação pecuniária (art. 45, §§ 1º e 2º, do CP) e de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV, e 46, ambos do CP), o livramento condicional (arts. 83 a 90, todos do CP) e os regimes aberto e fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, respectivamente.

2.2. A existência de uma prévia ofensa jurídica

Tal como as penas cominadas no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, as medidas socioeducativas igualmente pressupõem a existência de uma prévia ofensa jurídica (violação de uma norma penal incriminadora), consistente em conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.

³⁰⁹ Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), art. 36, *caput*. “O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”.

³¹⁰ Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), art. 37, *caput*: “A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena”.

2.2.1. Tipicidade remetida

O art. 112, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³¹¹, subordina a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas (consequente) ao cometimento de ato infracional (antecedente), assim considerada a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA³¹²). Em outras palavras: apenas o cometimento de ato infracional (conduta definida em lei como infração penal) possibilita a deflagração da intervenção socioeducativa por parte do Estado³¹³. Com isso, adota-se um mecanismo de *tipicidade remetida* ou *delegada* (ao direito penal comum dos adultos), que incorpora o princípio da legalidade estrita – reserva legal e anterioridade – (art. 5º, XXXIX, da CF³¹⁴) ao modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). O art. 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) – especialmente o n. 2, alínea *a* (legalidade estrita) – igualmente determina a observância das garantias penais e processuais penais para todo ser humano com menos de dezoito anos de idade (art. 1º)³¹⁵:

Artigo 40

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

³¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, *caput*: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...]”.

³¹² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

³¹³ O art. 112, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), emprega a expressão “*verificada a prática de ato infracional*”, que indica a necessidade de *verificação processual* (com a observância das garantias inerentes ao devido processo legal) do cometimento da conduta definida como crime ou contravenção penal – ressalvada a possibilidade da aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto, de forma abreviada, em sede de remissão, que não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (arts. 126 e 127 do ECA).

³¹⁴ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³¹⁵ Para os efeitos da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), o termo “criança” designa toda pessoa humana menor de 18 anos de idade, de acordo com o disposto em seu art. 1º: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, *por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos*; [...].

Anteriormente, o art. 41, *caput*, do Código de Menores (Lei n. 6.697/79), orientado pela doutrina da situação irregular (etapa tutelar), permitia a imposição de internação (art. 14, VI, da Lei n. 6.697/79³¹⁶) não apenas ao menor autor de infração penal (art. 2º, VI, da Lei n. 6.697/79³¹⁷), mas igualmente ao menor com *desvio de conduta*, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária (art. 2º, V, da Lei n. 6.697/79³¹⁸):

Art. 41. O menor com *desvio de conduta* ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

Com efeito, a superação da doutrina da situação irregular (etapa tutelar) pela doutrina da proteção integral (etapa garantista) ensejou uma limitação do poder punitivo do Estado, pois a aplicação de medida socioeducativa (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA) somente pode ser cogitada em face de conduta definida em lei como crime ou contravenção penal (ato infracional praticado por adolescente) – as situações de risco do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³¹⁹ habilitam unicamente a aplicação de medidas de proteção (art. 101, *caput*, I a IX, do ECA³²⁰). Assim, com a exigência de tipicidade remetida para o

³¹⁶ Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), art. 14: “São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: [...] VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado”.

³¹⁷ Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), art. 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: [...] VI - autor de infração penal”.

³¹⁸ Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), art. 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: [...] V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; [...]”.

³¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 98: “As *medidas de proteção* à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

³²⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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 serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do 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”.

aperfeiçoamento do ato infracional e, por conseguinte, para a aplicação das medidas socioeducativas (arts. 103 e 112, *caput*, I a VI, ambos do ECA), cessou a possibilidade de internação por perambulação³²¹, pois tal conduta não corresponde a uma infração penal (crime ou contravenção). PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA relata que, inicialmente, “cogitou-se que, nesta hipótese, configurar-se-ia a contravenção da vadiagem, descrita no art. 59 da LCP³²², interpretação que acabou não prevalecendo, de vez que o adolescente não está obrigado ao trabalho”³²³.

Por força da ausência de tipicidade remetida (ainda que em seu aspecto material), entende-se que a insignificância da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado impede a afirmação de um ato infracional³²⁴. A par do princípio da insignificância ou da bagatela, devem ser aplicados, em sede de ato infracional, todos os filtros da tipicidade material, tais como a adequação social e a ofensividade.

Como se observa, o princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, da CF³²⁵) incide com plenitude em relação ao preceito primário dos tipos penais incriminadores, por meio da incorporação das definições legais de conduta da legislação penal comum dos adultos (tipicidade remetida). Contudo, o mesmo não sucede em relação ao preceito secundário dos tipos penais incriminadores: o modelo de cominação determinada da pena (direito penal

³²¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 203.

³²² Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/41), art. 59: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”.

³²³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 1155.

³²⁴ “[...]. 1. A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor. Precedentes. 2. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supralegal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 163.349/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 1.6.2010, *DJe* 28.6.2010). “[...]. 2. O Superior Tribunal de Justiça admite a incidência do princípio da insignificância nos processos relativos a atos infracionais praticados por crianças e adolescentes. [...]” (STJ, 6ª Turma, HC n. 276.358/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 2.9.2014, *DJe* 22.9.2014). Em igual sentido: STJ, 6ª Turma, HC n. 357.845/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 16.8.2016, *DJe* 26.8.2016.

³²⁵ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

comum dos adultos), em que o legislador estabelece, para cada conduta, a pena correspondente – especificação da sua qualidade e quantidade (margens inferior e superior) –, encontra uma mitigação no regime especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece um modelo de *indeterminação relativa* na cominação das medidas socioeducativas (indeterminação *a priori* ou abstrata): qualquer ato infracional possibilita a aplicação de qualquer das medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA³²⁶) – apenas a internação dependeria da presença de alguma das situações legais contidas no art. 122 do mesmo diploma legal³²⁷ (cabimento ou admissibilidade). Trata-se de um modelo de sanção *flutuante*, cuja determinação se opera *a posteriori*, por ocasião do juízo de mérito da ação socioeducativa: em caso de sentença sancionatória (resultante do processo de conhecimento), o juiz, considerando a capacidade de cumprimento do adolescente, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA³²⁸), define a medida socioeducativa adequada ao caso concreto – com a observância do cabimento taxativo e da subsidiariedade da internação (art. 122, *caput*, I e II, e § 2º, do ECA³²⁹). Em Espanha, comentando o disposto no art. 7.3 da Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000)³³⁰, MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR e ESTRELLA ESCUCHURI AISA aludem ao “princípio de flexibilidade na escolha da medida”, que dota de especificidade a intervenção penal neste âmbito³³¹.

³²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), 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; [...]”.

³²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 122: “A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

³²⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

³²⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 122: “A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; [...]. § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

³³⁰ Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000), art. 7.3: “Para a escolha da medida ou medidas adequadas, deve-se ter em conta, de modo *flexível*, não somente a prova e a valoração jurídica dos fatos, mas especialmente a idade, as circunstâncias familiares e sociais, a personalidade e o interesse do menor [...]. O juiz deve motivar na sentença as razões pelas quais aplica uma determinada medida, assim como o prazo de duração da mesma, para efeito da valoração do mencionado interesse do menor” (Tradução livre).

³³¹ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; AISA, Estrella Escuchuri. **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Coordenação: Miguel Ángel Boldova Pasamar e Carmen Alastuey Dobón. 2. ed. Valencia: Tirant lo

Como anteriormente consignado, a debilidade da garantia da legalidade da sanção, no plano abstrato, decorrente da indeterminação relativa na cominação das medidas socioeducativas (sanção flutuante), conjugada com a indeterminação temporal das medidas socioeducativas de maior gravidade (semiliberdade e internação, aplicadas sem prazo determinado), deve ser compensada, no plano concreto, pelo princípio da excepcionalidade de incidência das medidas socioeducativas privativas da liberdade (individualização judicial da medida socioeducativa), bem como pelo princípio da brevidade na sua execução (art. 227, § 3º, V, da CF³³², e art. 121, *caput*, do ECA), que desempenham papel fundamental na delimitação concreta da sanção. Como pondera MARTHA DE TOLEDO MACHADO:

a garantia da *legalidade da sanção* e da *igualdade* entre os autores de crime essencialmente repousa na fidelidade axiológica com que o Poder Jurisdicional aplique os primados de excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade. Dês que são eles basicamente que *delimitam a sanção*, seja sob o ângulo da reprovabilidade subjetiva do autor do fato, seja sob o ângulo de parte da reprovabilidade objetiva da conduta, dada a ausência de vinculação inflexível entre uma *conduta objetiva* e uma sanção rigidamente delimitada nos aspectos de *qual* dentre as sanções pode ser aplicada e *tamanho* dessa sanção.³³³

O art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao remeter a uma “conduta descrita como crime ou contravenção penal”, não exige apenas as tipicidades objetiva, subjetiva (dolosa ou culposa), material e conglobante (primeiro estrato do conceito analítico de crime): a conformação do ato infracional ainda depende da *ilicitude* da conduta e da *reprovabilidade* do adolescente (culpabilidade especial ou juvenil), que naturalmente dispensa a imputabilidade por idade³³⁴.

blanch, 2023. p. 743.

³³² Constituição Federal, art. 227, § 3º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, *excepcionalidade* e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando *da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*; [...]”.

³³³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 349-350.

³³⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 159-160; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 1155-1156.

Trata-se de desdobramento da regra contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad³³⁵, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)³³⁶, que estabelece como paradigma a punição do adulto em idêntica situação:

56. Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que *qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem.*

Em Espanha, a Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000) contempla textualmente, como requisito (negativo³³⁷) da responsabilidade penal especial dos menores de dezoito anos de idade (e maiores de quatorze anos), a *ausência* das causas de isenção ou extinção da responsabilidade criminal dos adultos, previstas no Código Penal. O art. 5.1 da Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000), de Espanha, dispõe:

Artigo 5. Bases da responsabilidade dos menores.

1. Os menores serão responsáveis nos termos desta Lei quando tenham cometido os atos a que se refere o artigo 1º e neles *não* concorra qualquer das causas de isenção ou extinção da responsabilidade penal previstas no vigente Código Penal.

Em relação ao aludido dispositivo legal, MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR e ESTRELLA ESCUCHURI AISA lecionam:

Por conseguinte, em princípio as bases para exigir responsabilidade penal a um menor são as mesmas que para os adultos: afeta-lhes não apenas o mesmo catálogo de normas de determinação (proibições e mandados), mas também o mesmo catálogo de eximentes (as mesmas autorizações e permissões, as mesmas causas de inimputabilidade e inculpabilidade e as mesmas escusas absolutórias), assim como de causas de extinção da responsabilidade penal.³³⁸

³³⁵ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

³³⁶ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

³³⁷ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; AISA, Estrella Escuchuri. **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Coordenação: Miguel Ángel Boldova Pasamar e Carmen Alastuey Dobón. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2023. p. 732.

³³⁸ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; AISA, Estrella Escuchuri. **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Coordenação: Miguel Ángel Boldova Pasamar e Carmen Alastuey Dobón. 2. ed. Valencia: Tirant lo

Assim, considerando que a conformação do ato infracional (art. 103 do ECA) exige não apenas o filtro da tipicidade (objetiva, subjetiva, material e conglobante), passaremos a analisar os demais estratos do conceito analítico de crime.

2.2.2. Ilicitude (antijuridicidade)

Ante a exigência de antijuridicidade da conduta, não se pode cogitar de ato infracional quando presente alguma das causas legais *excludentes de ilicitude* (art. 23 do CP), como o estado de necessidade (art. 24 do CP), a legítima defesa (art. 25 do CP), o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (adolescente esportista³³⁹) – ou causas supralegais, como o consentimento do ofendido (em caso de disponibilidade do bem jurídico penalmente tutelado). Cabe consignar que, para parte da doutrina, as situações de estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito ensejariam a atipicidade conglobante da conduta, por ausência de antinormatividade – a tipicidade penal da conduta reclama a tipicidade *legal* (formal) mais a tipicidade *conglobante* (antinormatividade). EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI esclarecem que:

esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, ... no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se adequa ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva. Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. *A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.³⁴⁰

blanch, 2023. p. 728.

³³⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 1155.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume I (parte geral). 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 413.

Assim, em caso de exclusão da ilicitude, por qualquer de suas causas legais ou supralegais, não se pode cogitar de ato infracional e, por conseguinte, da aplicação de medidas socioeducativas.

2.2.3. A culpabilidade especial do adolescente

Em face das especificidades do ordenamento jurídico brasileiro, entendemos adequado o emprego da denominação culpabilidade *especial* do adolescente, em lugar de “culpabilidade juvenil” (designação empregada pela doutrina estrangeira), pois esta terminologia remete aos “jovens”, assim consideradas as pessoas entre quinze e vinte e nove anos de idade, nos termos do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/13 (Estatuto da Juventude)³⁴¹ – abrangendo, portanto, adolescentes e adultos na mesma categoria. A respeito da reprovabilidade do adolescente, exige-se a convergência dos requisitos da *culpabilidade especial*, a saber: (i) capacidade de culpabilidade (“imputabilidade”), (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa.

2.2.3.1. Premissas conceituais: a imputabilidade

Com o escopo de estabelecer algumas premissas conceituais relacionadas ao objeto do presente trabalho, esclarecemos que os termos *imputabilidade* e *inimputabilidade* serão empregados para designar a *capacidade de responsabilidade penal (lato sensu)*³⁴², ou seja, a possibilidade abstrata de uma pessoa ser sujeito passivo de sanções negativas como resposta ao cometimento de (conduta definida como) infração penal. Sob essa perspectiva, podem ser

³⁴¹ Lei n. 12.852/13 (Estatuto da Juventude), art. 1º: “Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. § 1º Para os efeitos desta Lei, *são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade*. § 2º Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente”.

³⁴² O termo “penal” foi empregado em sentido amplo (*lato sensu*), significando responsabilidade pelo cometimento de (conduta definida como) infração penal, de modo a abranger tanto as penas em sentido estrito (*stricto sensu*) ou propriamente ditas (direito penal comum dos adultos) como as medidas socioeducativas – penas especiais ou diferenciadas, como sustentaremos em capítulo posterior do presente trabalho (direito penal especial dos adolescentes).

identificados três níveis de *capacidade de responsabilidade penal* no ordenamento jurídico brasileiro:

(i) imputabilidade *penal*: pessoas com dezoito anos de idade completos ao tempo da conduta, sujeitas ao modelo de responsabilidade geral (direito penal comum dos adultos);

(ii) imputabilidade *socioeducativa* (adolescentes): pessoas com doze anos completos, mas menores de dezoito anos de idade ao tempo da conduta, sujeitas ao modelo de responsabilidade *especial* ou *diferenciada* (medidas socioeducativas) do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90);

(iii) *inimputabilidade* (crianças): pessoas menores de doze anos de idade ao tempo da conduta, inseridas no modelo de absoluta irresponsabilidade (impossibilidade de imposição de sanções negativas, sendo pertinente apenas a aplicação de medidas de proteção).

Com efeito, o art. 228 da Constituição Federal estabeleceu apenas a *inimputabilidade penal* dos menores de dezoito anos de idade, sujeitando-os, em seguida, a uma imputabilidade *especial*, a ser disciplinada pelas normas da legislação especial:

Art. 228. São *penalmente* inimputáveis os menores de dezoito anos, *sujeitos* às normas da legislação especial.

A *inimputabilidade penal* do adolescente (art. 228 da CF e art. 27 do CP), portanto, não significa “incapacidade” de responsabilidade penal, mas apenas a substituição do modelo de responsabilidade geral (direito penal comum dos adultos) pelo modelo de responsabilidade especial ou diferenciada (medidas socioeducativas) do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): para o adolescente, ter-se-ia *inimputabilidade penal* e imputabilidade *socioeducativa* (apenas as crianças teriam *inimputabilidade plena* – penal e socioeducativa).

Ademais, para designar a “imputabilidade” como requisito da culpabilidade (estrato do conceito analítico de crime), ou seja, como filtro para a imposição de sanções negativas no caso concreto (juízo de reprovabilidade social), empregaremos a locução *capacidade de culpabilidade*.

Em outras palavras: a *inimputabilidade penal* do adolescente (art. 228 da CF e art. 27 do CP) atua como condição de possibilidade para o modelo de responsabilidade *especial* ou *diferenciada* do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); contudo, a aplicação das medidas socioeducativas depende da aferição da capacidade de culpabilidade do adolescente no caso concreto. JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ esclarece que a *inimputabilidade*

penal se justifica a partir de considerações de política criminal, não se relacionando com uma “incapacidade” de culpabilidade dos adolescentes:

Evidentemente, a fórmula tradicional de inimputabilidade como falta de capacidade de conhecer o injusto ou falta de capacidade de agir de acordo com o conhecimento do injusto, não se pode aplicar ao caso do menor.

A problemática do menor não pode ser reduzida a estes termos de conhecimento e vontade, mas que se trata, em seu caso, de uma consideração global de sua situação dentro do sistema social. Trata-se de uma consideração fundamentalmente político criminal e, portanto, não psicologista. Resultaria hoje totalmente absurdo e uma total ficção propor, sem mais, que o menor não tem capacidade para conhecer o injusto ou não tem capacidade para agir de acordo com seu conhecimento. Tal abordagem careceria de toda fundamentação e implicaria negar a complexidade da realidade do menor.³⁴³

Com efeito, quanto ao adolescente, não se pode cogitar de “incapacidade” de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, afinal, o art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), exige, como pressuposto para a aplicação de medidas socioeducativas, a *capacidade de cumprimento*:

Art. 112. [...].

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua *capacidade de cumpri-la*, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Por isso, adotaremos o termo *imputabilidade* para designar a capacidade de responsabilidade penal (possibilidade abstrata de a pessoa ser sujeito passivo de sanções negativas como resposta ao cometimento de infração penal), destinando a locução *capacidade de culpabilidade* para indicar a “imputabilidade” como requisito da culpabilidade especial do adolescente (estrato do conceito analítico de ato infracional), de acordo com a orientação de ALESSANDRO BARATTA:

Muitos dos equívocos ou confusões derivam do fato de usar os termos “imputabilidade” e “inimputabilidade” para designar duas coisas distintas: de um lado, a capacidade de responsabilidade penal e, do outro, a capacidade de

³⁴³ RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluce Segurola. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 471-482. Tradução livre.

culpabilidade, isto é, um daqueles filtros através dos quais se deve passar necessariamente, segundo um princípio geral do direito penal “liberal” consagrado nas convenções internacionais nesta matéria, ao processo judicial de atribuição da responsabilidade penal, ou seja, de aplicação de uma sanção prevista pela lei. Opino que seria melhor, para evitar a confusão, reservar o termo “imputabilidade” para a primeira acepção e utilizar para a segunda os termos “capacidade de culpabilidade” ou “capacidade de entender e querer”.

Está claro que as normas em questão, que excluem a imputabilidade penal do menor, referem-se à primeira acepção, pois teria pouco sentido se fossem interpretadas como uma presunção absoluta de incapacidade de entender e de querer. A interpretação que aqui se propõe, pressupõe que se trata de uma regulação da capacidade de responsabilidade penal geral; isto é, da possibilidade de ser sujeito de sanções negativas previstas para diferentes estratos de idade ou de não ser sujeito de qualquer sanção negativa. Com esta interpretação se respeita a diferenciação que existe entre estratos de idade previstos no Estatuto brasileiro, como em outros projetos de lei de outros países latinoamericanos. Igualmente se respeitam a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas e outras normas internacionais vigentes em matéria de direito penal de menores. É coerente a interpretação que diferencia um estrato de idade (na maior parte dos casos e segundo a convenção) abaixo dos 14 anos, em que se exclui toda responsabilidade penal e um estrato de idade ... entre os 14 e 18 anos com responsabilidade penal atenuada e, finalmente, o estrato dos adultos com responsabilidade penal plena.³⁴⁴

Estabelecidas tais premissas conceituais, analisaremos os requisitos da culpabilidade especial do adolescente (estrato do conceito analítico de ato infracional).

2.2.3.2. Requisitos da culpabilidade especial do adolescente

Os requisitos da *culpabilidade especial* do adolescente são: (i) capacidade de culpabilidade, (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa.

³⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.** IUS ET VERITAS, vol. 5 (n. 10 - 5 out. 1995). Lima: PUCP, 1995. p. 73-79.

(i) Capacidade de culpabilidade

A capacidade de culpabilidade (“imputabilidade” como requisito da culpabilidade) do adolescente logicamente não pode ser afastada pela menoridade de dezoito anos, pois a menoridade constitui o pressuposto para a incidência do modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 228 da CF³⁴⁵, art. 27 do CP³⁴⁶ e art. 104, *caput*, do ECA³⁴⁷).

A doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de que decorre a inteira incapacidade de o sujeito entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*, do CP³⁴⁸), impede a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente, por força da sua *incapacidade* de cumprimento (art. 112, § 1º, do ECA³⁴⁹): seria adequada, nesse caso, a medida de proteção (sem carga de sanção) consistente em requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, V, do ECA³⁵⁰)³⁵¹.

O art. 112, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), esclarece que “os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições” – local que, evidentemente, não seria a unidade de atendimento socioeducativo. Cabe salientar que, diversamente do sistema penal comum dos adultos, o adolescente infrator *não* se sujeita a

³⁴⁵ Constituição Federal, art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

³⁴⁶ Código Penal, art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

³⁴⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 104: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

³⁴⁸ Código Penal, art. 26, *caput*: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

³⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 101: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; [...]”.

³⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 113; MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **A prática de ato infracional**. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Coordenação: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1176.

medidas de segurança (arts. 96 a 99, todos do CP), quer no processo de conhecimento (absolvição imprópria), quer no processo de execução (substituição da medida socioeducativa).

A respeito da impossibilidade da aplicação de medidas socioeducativas em caso de *incapacidade* de cumprimento (art. 112, § 1º, do ECA³⁵²) – dirimente da culpabilidade especial do adolescente, por ausência da capacidade de culpabilidade – por doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de que decorre a inteira incapacidade de o sujeito entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*, do CP³⁵³), decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. ECA. ADOLESCENTE PORTADOR DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL. INTERNAÇÃO COM DETERMINAÇÃO DE TRATAMENTO DENTRO DA UNIDADE DA FEBEM. INADEQUAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que, diagnosticado no adolescente o transtorno de personalidade antissocial (PAS), foi mantida a medida socioeducativa de internação com a determinação de tratamento psiquiátrico na mesma unidade em que se encontra segregado. II. O adolescente que apresenta distúrbio psiquiátrico não pode ficar submetido a uma medida socioeducativa diante de sua inaptidão para cumpri-la (art. 112, § 1º, do ECA). III. Se o processo socioeducativo imposto ao paciente – com finalidade ressocializadora – não se mostra apto à resolução de questões psiquiátricas, faz-se necessária a implementação de uma das medidas protetivas dispostas na lei, com a submissão do adolescente a um tratamento adequado à sua doença ou deficiência mental. IV. A imposição do regime de internação ao paciente, com a determinação de realização de psicoterapia dentro da Unidade da Febem ofende o Princípio da Legalidade. V. Deve ser determinada a liberação do adolescente, com a sua submissão imediata a tratamento psiquiátrico devido em local adequado ao transtorno mental apresentado. [...].³⁵⁴

Embora partindo das mesmas premissas, em ocasião posterior, decidiu-se pela inserção do adolescente em medida socioeducativa de liberdade assistida, com a sua imediata submissão ao tratamento psiquiátrico devido em local adequado ao transtorno mental apresentado³⁵⁵. Contudo, considerando a *incapacidade* de cumprimento de medidas

³⁵² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

³⁵³ Código Penal, art. 26, *caput*: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³⁵⁴ STJ, 5ª Turma, HC n. 54.961/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.4.2006, *DJ* 22.5.2006.

³⁵⁵ STJ, 5ª Turma, HC n. 60.604/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 13.2.2007, *DJ* 19.3.2007. Em igual sentido: “*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MENOR QUE POSSUI COMPROMETIMENTO DAS FACULDADES MENTAIS. NECESSIDADE DE TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER MERAMENTE RETRIBUTIVO. ILEGALIDADE. 1. A internação de menor portador de distúrbio mental, incapaz de assimilar a medida socioeducativa, possui caráter meramente retributivo, o que não se coadunava com os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedente. 2. Ordem concedida para determinar que o Paciente seja inserido em medida socioeducativa de liberdade assistida, concomitante com acompanhamento ambulatorial

socioeducativas (art. 112, § 1º, do ECA³⁵⁶), reconhecida em todas as decisões mencionadas, entendemos incoerente a inserção do adolescente em medida socioeducativa de liberdade assistida, concomitante com a pertinente medida de proteção de requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, V, do ECA³⁵⁷).

De acordo com a posterior disciplina estabelecida pela Lei n. 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), a superveniência de doença ou deficiência mental, durante a execução da medida socioeducativa, enseja duas possibilidades:

(i) declaração de *extinção* da medida socioeducativa, pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de se submeter ao cumprimento da medida (art. 46, IV, da Lei n. 12.594/12 - Sinase³⁵⁸); ou

(ii) *suspensão* do processo para tratamento de transtorno mental e dependência de álcool ou substância psicoativa (art. 43, *caput*, da Lei n. 12.594/12 - Sinase³⁵⁹): o art. 64, § 4º, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)³⁶⁰, dispõe

psiquiátrico, psicopedagógico e familiar” (STJ, 5ª Turma, HC n. 47.178/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.10.2006, DJ 27.11.2006). De mesmo teor: STJ, 5ª Turma, HC n. 61.270/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.12.2006, DJ 05.02.2007; STJ, 5ª Turma, HC n. 72.364/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.04.2007, DJ 14.05.2007. Ainda, da 6ª Turma: “*HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RETARDO MENTAL LEVE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. NECESSIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER MERAMENTE RETRIBUTIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do § 1º do art. 112 do ECA, a imposição de medida socioeducativa deverá considerar a capacidade de seu cumprimento pelo adolescente, no caso concreto. 2. O paciente não possui capacidade mental para assimilar a medida socioeducativa, que, uma vez aplicada, reveste-se de caráter retributivo, o que é incompatível com os objetivos do ECA. 3. Ordem concedida para determinar que o paciente seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida associada ao acompanhamento ambulatorial psiquiátrico, psicopedagógico e familiar*” (STJ, 6ª Turma, HC n. 88.043/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.4.2009, DJe 4.5.2009).

³⁵⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

³⁵⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 101: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; [...]”.

³⁵⁸ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 46: “A medida socioeducativa será declarada extinta: [...] IV - pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; [...]”.

³⁵⁹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 43, *caput*: “A reavaliação da manutenção, da substituição ou da *suspensão* das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável”.

³⁶⁰ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 64: “O adolescente em cumprimento de medida socioeducativa que apresente indícios de transtorno mental, de deficiência mental, ou associadas, deverá ser avaliado por equipe técnica multidisciplinar e multisetorial. § 1º As competências, a

que, excepcionalmente, o juiz pode *suspender* a execução da medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, com vistas a incluir o adolescente em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos terapêuticos estabelecidos para o seu caso específico – suspensão a execução da medida socioeducativa, deve o juiz designar o responsável por acompanhar e informar sobre a evolução do atendimento ao adolescente, devendo a suspensão ser avaliada, no mínimo, a cada seis meses (art. 64, §§ 5º e 6º, da Lei n. 12.594/12 - Sinase³⁶¹).

O art. 20 da Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁶², acrescenta que o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa não pode ser transferido para hospital de custódia, salvo se responder por infração penal praticada após os dezoito anos de idade e por decisão do juízo criminal competente.

Em qualquer caso, impõe-se a *liberação compulsória* do infrator aos vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º, do ECA³⁶³, e Súmula n. 605 do STJ³⁶⁴), por força da impossibilidade de subsistência das medidas (de proteção ou socioeducativas) contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³⁶⁵.

composição e a atuação da equipe técnica de que trata o *caput* deverão seguir, conjuntamente, as normas de referência do SUS e do Sinase, na forma do regulamento. § 2º A avaliação de que trata o *caput* subsidiará a elaboração e execução da terapêutica a ser adotada, a qual será incluída no PIA do adolescente, prevendo, se necessário, ações voltadas para a família. § 3º As informações produzidas na avaliação de que trata o *caput* são consideradas sigilosas. § 4º Excepcionalmente, o juiz poderá suspender a execução da medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, com vistas a incluir o adolescente em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos terapêuticos estabelecidos para o seu caso específico. [...]”.

³⁶¹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 64: “[...] § 5º Suspensa a execução da medida socioeducativa, o juiz designará o responsável por acompanhar e informar sobre a evolução do atendimento ao adolescente. § 6º A suspensão da execução da medida socioeducativa será avaliada, no mínimo, a cada 6 (seis) meses”.

³⁶² Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), art. 20: “O adolescente em cumprimento de medida socioeducativa não pode ser transferido para hospital de custódia, salvo se responder por infração penal praticada após os 18 (dezoitos) anos e por decisão do juízo criminal competente”.

³⁶³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 121, § 5º: “A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”.

³⁶⁴ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

³⁶⁵ “*HABEAS CORPUS*. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E DE LESÃO CORPORAL GRAVE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E DE SEGURANÇA EM CADEIA PÚBLICA. ILEGALIDADE. ADVENTO DOS 21 ANOS. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 123, que o cumprimento da medida de internação será em estabelecimento próprio, respeitadas as condições peculiares do menor. 2. A liberação compulsória ocorre com o advento dos 21 (vinte e um) anos de idade do infrator (art. 121, § 5º, do ECA), mesmo que segregado para tratamento psicológico e/ou psiquiátrico, não sendo mais possível a continuidade da internação ou de qualquer outra medida. 3. Ordem concedida para anular a medida aplicada, já que o processo foi extinto e arquivado pela

A embriaguez completa e accidental (proveniente de caso fortuito ou força maior) igualmente gera incapacidade de culpabilidade e a consequente isenção de medida socioeducativa (art. 28, § 1º, do CP³⁶⁶), atuando como dirimente da culpabilidade especial do adolescente.

(ii) Potencial consciência da ilicitude

O segundo requisito da culpabilidade especial do adolescente consiste na *potencial consciência da ilicitude*, assim considerada a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade (não se exige o conhecimento efetivo no caso concreto). A respeito do objeto do conhecimento, não se reclama a possibilidade de conhecimento da lei em si (“o desconhecimento da lei é inescusável” - art. 21, *caput*, primeira parte, do CP), mas a “valoração paralela do agente na esfera do profano”³⁶⁷, ou seja, a possibilidade de conhecimento similar ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos legais³⁶⁸.

Assim, o requisito da potencial consciência da ilicitude pode ser afastado pelo erro de proibição inevitável (art. 21, *caput*, segunda parte, do CP³⁶⁹). Em caso de adolescentes, o reconhecimento da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA) impõe maior elasticidade na apreciação da possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, pois, como pondera JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

menores de 18 anos são capazes de compreender o injusto de crimes graves, como homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, por exemplo, mas são incapazes de compreender o injusto da maioria dos crimes comuns definidos no Código Penal e, praticamente, de nenhum dos crimes definidos em leis especiais (crimes contra o

origem, determinando a imediata liberação da paciente, com recomendação ao Ministério Público para, se o caso, tomar as medidas civis pertinentes” (STJ, 6ª Turma, HC n. 113.371/PI, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.4.2009, *DJe* 18.5.2009).

³⁶⁶ Código Penal, art. 28, § 1º: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 262.

³⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume I (parte geral). 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 556-557.

³⁶⁹ Código Penal, art. 21: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

meio ambiente, a ordem econômica e tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc.).³⁷⁰

(iii) Exigibilidade de conduta diversa

O terceiro requisito da culpabilidade especial do adolescente radica na *exigibilidade de conduta diversa* e adequada ao direito, que pode ser arredada em situação redutora da autodeterminação, tais como a coação moral irresistível ou a obediência hierárquica (art. 22 do CP³⁷¹), bem como pelo reconhecimento de causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta. Ainda em consideração da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA), BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ adverte que:

O critério de comparação com o adulto, pelas características gerais que conhecemos do cérebro ou da psique adolescente, ainda permite que se seja, em geral, muito mais generoso no nível ou barreira da invencibilidade do erro, da capacidade de prestar atenção ou na inexigibilidade do que se é no âmbito do Direito Penal de adultos, que se vê determinado por critérios preventivo-gerais e não preventivo-especiais. A capacidade de uma determinada pessoa para prestar atenção ou para controlar ou inibir seus impulsos, seu mundo afetivo e suas emoções vai aumentando proporcionalmente com a maturidade (desenvolvimento do córtex orbitofrontal, que é o “assento” da nossa conduta social porque se relaciona com nossa personalidade, nossas emoções e, sobretudo, com o comportamento social). Não se trata, pois, simplesmente de utilizar como escala o que teria feito, em abstrato, um adulto na mesma situação, mas se a conduta do menor apresenta, ao menos, todos os requisitos que exige o ordenamento jurídico para responsabilizar um adulto.³⁷²

³⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 319-320.

³⁷¹ Código Penal, art. 22: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

³⁷² SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 111-112.

2.2.4. Exclusão da punibilidade

Ainda que presentes todos os estratos do conceito analítico de crime, entendemos que as escusas absolutórias ou imunidades penais absolutas (arts. 181³⁷³ e 348, § 2º³⁷⁴, ambos do CP), na qualidade de causas legais de exclusão da punibilidade, devem ser aplicadas aos atos infracionais praticados por adolescentes, por força da regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad³⁷⁵, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)³⁷⁶ – o adolescente não pode responder por conduta que, quando praticada por um adulto, não seria punida. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência das escusas absolutórias em caso de ato infracional:

[...]. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À APROPRIAÇÃO INDÉBITA. [...] ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, II, DO CP). APLICABILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. [...] 3. O art. 181, II, do Código Penal prevê escusa absolutória, em razão da qual é isento de pena aquele que comete crime contra o patrimônio, entre outras hipóteses, em prejuízo de ascendente, salvo as exceções delineadas no art. 183 do mesmo diploma legal. 4. Por razões de política criminal, com base na existência de laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador optou por afastar a punibilidade de determinadas pessoas. Nesse contexto, se cumpre aos ascendentes o dever de lidar com descendentes maiores que lhes causem danos ao patrimônio, sem que haja interesse estatal na aplicação de pena, também não se observa, com maior razão, interesse na aplicação de medida socioeducativa ao adolescente pela prática do mesmo fato. 5. Estando o paciente isento da aplicação de medida socioeducativa, o processo deixa de ter finalidade, razão pela qual seu prosseguimento configura constrangimento ilegal, que merece ser sanado por meio do trancamento do feito. 6. [...]. Ordem concedida de ofício, para determinar o trancamento do feito.³⁷⁷

³⁷³ Código Penal, art. 181: “É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”. E o art. 183 do Código Penal complementa: “Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II - ao estranho que participa do crime; III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

³⁷⁴ Código Penal, art. 348: “Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa. § 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”.

³⁷⁵ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que *qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem*”.

³⁷⁶ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

³⁷⁷ STJ, 6ª Turma, HC n. 251.681/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 3.10.2013, DJe 24.10.2013.

Assim, infere-se que a imposição das medidas socioeducativas pressupõe a existência de uma prévia ofensa jurídica (violação de uma norma penal incriminadora), consistente em conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade (especial do adolescente) e da punibilidade.

2.3. Imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica

A imposição da sanção ao pretense autor (ou partícipe) da ofensa jurídica pode ser claramente identificada no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada de adolescentes: o art. 114, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece que a imposição das medidas socioeducativas de reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (art. 112, II a VI, do ECA) pressupõe a existência de *provas suficientes da autoria* e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão (art. 127 do ECA). Do mesmo modo, o art. 189, *caput*, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao determinar a não aplicação de qualquer medida, desde que o Juiz da Infância e da Juventude reconheça, na sentença, “não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional”, *a contrario sensu*, exige que a imposição da sanção especial ou diferenciada se direcione ao pretense autor (ou partícipe) da ofensa jurídica. Compreende-se a ressalva a respeito da remissão (que não admite a inclusão de semiliberdade e internação, não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes - art. 127 do ECA), porque, como esclarece OLYMPIO SOTTO MAIOR:

sob prisma procedimental, a concessão da remissão acaba impedindo a realização da instrução probatória (nas hipóteses em que é concedida, pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo) ou faz por interrompê-la antes de seu término (quando concedida pela autoridade judiciária e importando a suspensão ou extinção do processo), donde não se poder, mesmo, exigir a comprovação, que constitui regra para as situações em que a instrução é ultimada.³⁷⁸

³⁷⁸ SOTTO MAIOR, Olympio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 804.

Para a aplicação da advertência (a mais branda das medidas socioeducativas), o art. 114, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), contenta-se com *indícios* suficientes da autoria, exigindo prova apenas da materialidade do ato infracional imputado. Entendemos que a medida socioeducativa de advertência (arts. 112, *caput*, I, e 115, ambos do ECA) não pode ser aplicada sem a comprovação da autoria (ou participação) do adolescente, em face da regra probatória derivada do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF, e art. 156, *caput*, do CPP) e dos efeitos secundários de qualquer medida socioeducativa aplicada em sentença sancionatória – possibilidade de internação em atos infracionais posteriores, por “reiteração no cometimento de outras infrações graves” (art. 122, II, do ECA). JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA entende inconstitucional o disposto no art. 114, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), pois:

não é possível advertir quem nada admite, ou aquele de quem não se prova que tenha participado do fato. [...]. O Sistema de Justiça da Infância adotou o modelo do Direito Penal da Ação a partir do princípio da reserva legal e não se conforma com atitudes aptas a ressuscitar o velho Direito Penal do Autor, típico de ordens totalitárias.³⁷⁹

2.4. Infilção intencional por seres humanos distintos do ofensor e imposição por uma autoridade (institucionalização da pena)

A infilção intencional da sanção por seres humanos distintos do ofensor e a sua imposição por uma autoridade (institucionalização da pena) emergem das regras de competência estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A autoridade competente para a aplicação das medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, do ECA³⁸⁰) é o Juiz da Infância e da Juventude (art. 146 do ECA³⁸¹), por se tratar de atividade tipicamente jurisdicional: o art. 148, *caput*, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³⁸², estabelece a competência material (*ratione materiae*), exclusiva e

³⁷⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157.

³⁸⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, *caput*: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...]”.

³⁸¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 146: “A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local”.

³⁸² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 148: “A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para *apuração de ato infracional* atribuído a adolescente, *aplicando as medidas cabíveis*; [...]”.

incondicionada, da Justiça da Infância e da Juventude para “conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, *aplicando as medidas cabíveis*”.

A competência exclusiva do Juiz da Infância e da Juventude (reserva de jurisdição) abrange, inclusive, as medidas socioeducativas aplicadas em sede de remissão imprópria (transação). De acordo com o art. 127, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a remissão pode incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei (de proteção e socioeducativas), exceto a semiliberdade e a internação (medidas socioeducativas privativas da liberdade), que dependem da observância do devido processo legal (comprovação da responsabilidade do adolescente). Assim, a remissão pode ser concedida como *perdão* puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida (remissão própria), ou como *transação*, quando incluir a aplicação de medida socioeducativa (remissão imprópria). A remissão imprópria (transação) pressupõe a aceitação do adolescente beneficiado com a exclusão, suspensão ou extinção do processo. Se houver recusa por parte do adolescente ou de seu representante legal, o Ministério Público deve oferecer representação (petição inicial da ação socioeducativa), nos termos dos arts. 180, inciso III, e 182, *caput*, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³⁸³.

Em caso de remissão pré-processual (arts. 126, *caput*, e 180, II, ambos do ECA), discute-se sobre a possibilidade de o Ministério Público, em sua concessão (art. 201, I, do ECA), aplicar diretamente medida socioeducativa não privativa da liberdade (em meio aberto). A esse respeito, surgiram duas interpretações: (i) possibilidade da aplicação de medida socioeducativa (em meio aberto) diretamente pelo Ministério Público, pois o art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) não distingue entre a remissão ministerial (art. 126, *caput*, do ECA) e a remissão judicial (art. 126, parágrafo único, do ECA); (ii) impossibilidade da aplicação de medida socioeducativa (em meio aberto) diretamente pelo Ministério Público, por se tratar de atividade tipicamente jurisdicional (reserva de jurisdição) – trata-se da orientação sedimentada no enunciado da Súmula n. 108 do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”. A partir disso, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA entende que “a remissão na modalidade como forma de exclusão do processo, concedida pelo Ministério Público, não pode vir cumulada com medida socioeducativa, por ofensa ao devido

³⁸³ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.

processo legal”³⁸⁴, significando perdão puro e simples.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui orientação conciliadora, no sentido de que, ao conceder a remissão como forma de exclusão do processo (arts. 126, *caput*, e 180, II, ambos do ECA), o Ministério Público não pode aplicar diretamente, mas propor ao Juiz da Infância e da Juventude a inclusão de medida socioeducativa quando da homologação da remissão (art. 181, *caput* e § 1º, do ECA). Com isso, a medida socioeducativa seria aplicada não pelo Ministério Público, no ato da concessão, mas pelo Juiz da Infância e da Juventude, na decisão de homologação da remissão, não se cogitando de qualquer inconstitucionalidade nesse procedimento³⁸⁵ – procedimento similar ao adotado na transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95) e no acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

A remissão processual (arts. 126, parágrafo único, 186, § 1º, e 188, todos do ECA) não enseja discussão, por sua iniciativa judicial, ensejadora da extinção do processo (quando constituir perdão puro e simples ou incluir medida socioeducativa que se esgote em si mesma, como a advertência) ou da suspensão do processo (quando incluir medida socioeducativa de prestação continuada, como a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida) – a medida socioeducativa de reparação do dano, a depender da forma como for estabelecida (art. 116, *caput*, do ECA), pode acarretar a extinção (restituição integral e imediata da coisa) ou a suspensão (ressarcimento do dano em parcelas) do processo.

A partir do estudo desenvolvido ao longo do presente Capítulo, pudemos constatar que o regime jurídico estabelecido para as medidas socioeducativas apresenta todos os elementos (dados essenciais) do conceito de pena abordados no Capítulo I, a saber: a privação de um bem (direito) objetivamente considerado; a existência de uma prévia ofensa jurídica; a

³⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 214.

³⁸⁵ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei n. 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida socioeducativa. 2. A medida socioeducativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida socioeducativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. [...]” (STF, 2ª Turma, RE n. 248.018, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.05.2008, *DJe* 20.06.2008).

imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica; a inflicção intencional por seres humanos distintos do ofensor; e a imposição por uma autoridade (institucionalização da pena).

Capítulo III

O paradigma da proteção integral

1. Breve história e origens do Direito da Criança e do Adolescente

Os estudos históricos de PHILIPPE ARIÈS demonstram que a categoria *infância* surge como resultado de uma construção social. A partir da apreciação das imagens (esculturas, pinturas, retratos), o autor esclarece que, antes do século XII, a arte medieval desconhecia a infância: a ausência da sua representação não seria oriunda da incompetência ou inabilidade dos artistas, mas sinal de a infância ainda não ter lugar no mundo. Por volta do século XII, as crianças começam a ser representadas em obras de arte, mas sem as características (expressão ou traços) da infância, como homens em escala menor (apenas o tamanho distinguiu as crianças dos adultos). Tais aspectos sugerem que “no domínio da vida real, e não mais apenas no de uma transposição estética, a infância era um período de transição, logo ultrapassado, e cuja lembrança também era logo perdida”³⁸⁶. Em paralelo, a elevada mortalidade infantil propicia um sentimento de indiferença, pois as pessoas não podiam se apegar muito a uma criança, considerando a grande possibilidade da sua perda (fragilidade da infância).

Esse sentimento de indiferença se aproxima da insensibilidade das sociedades romanas ou chinesas, que admitiam o abandono das crianças recém-nascidas. Em Roma, um cidadão não “tem” um filho (fato biológico do nascimento), ele o “toma” ou o “levanta” (*tollere*): tão logo nasce a criança, o *pater familias* exerce a prerrogativa de a levantar do chão, onde a parteira a depositou, para a tomar em seus braços (manifestação de reconhecimento) ou de simplesmente a enjeitar (abandono), caso em que seria exposta diante da casa ou em um monturo público (quem quiser que a recolha)³⁸⁷. A *patria potestas* do direito romano conferia ao *pater familias* poderes sobre a pessoa e sobre os bens dos *fili familias*, entre eles o poder de expor (abandonar) ou manter os *fili familias* recém-nascidos: enquanto sacerdote e senhor de

³⁸⁶ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 18.

³⁸⁷ VEYNE, Paul. O império romano. **História da vida privada**, vol. 1 (Do Império Romano ao ano mil). Organização: Paul Veyne. Tradução: Hildegard Feist. Direção da coleção: Philippe Ariès, Georges Duby. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1989. p. 23-26.

sua família, justificava-se o poder de o *pater familias* expor (abandonar) ou manter os *fili familias* recém-nascidos. Como leciona VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA:

admitir alguém na família importava em admiti-lo ao culto doméstico. Só o *pater* podia decidir quem devia ou não ser a ela admitido. Daí o seu direito de expor o filho recém-nascido, porque esse recém-nascido, pelo fato só do nascimento, não pertencia à família. Para nela entrar era mister a aquiescência paterna. Ele estava, para com a família, como o estrangeiro atual para com a nação a que se acolhe, precisa que esta lhe dê uma carta de naturalização, se a ela quer pertencer. Se o pai tinha razões para não aceitar esse estrangeiro na família, o expunha³⁸⁸.

Com efeito, as sociedades devem ser compreendidas a partir de seu interior, dentro do seu “mundo”, e não de acordo com a nossa atual concepção de infância. O direito de reconhecer o filho ao nascer ou de o rejeitar, dado ao *pater familias* tanto nas leis romanas como nas gregas, por mais bárbaro que possa parecer na atualidade, estava em conformidade com os princípios sobre os quais se fundou a família: como pondera NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, “a filiação, mesmo incontestada, não era bastante para poder participar-se no círculo sagrado da família: é preciso haver o consentimento do chefe e a iniciação no culto. Enquanto o filho não estiver associado à religião doméstica, nada representará para seu pai”³⁸⁹.

A “descoberta da infância” se inicia no século XIII, quando surgem alguns tipos de criança mais próximos do sentimento moderno, com os temas do anjo, das infâncias santas e de suas posteriores iconografias. Nos séculos XV e XVI, surgem dois novos tipos de representação da infância: o retrato (de uma criança real, tal como aparecia em determinado momento de sua vida) e o *putto* (a criancinha nua). Com isso, as crianças começam a sair do anonimato em que eram mantidas por sua pouca possibilidade de sobrevivência. A grande novidade do século XVII radica em que a criança agora passa a ser representada sozinha e por ela mesma; do mesmo modo, os retratos de família tenderam a se organizar em torno da criança, que se tornou o centro da composição (anteriormente, a criança aparecia ao lado de seus pais nos retratos de família). Agora, cada família queria possuir retratos de seus filhos, mesmo na idade em que eles ainda eram crianças. No século XIX, a fotografia substituiu a pintura, mas o

³⁸⁸ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 62-63.

³⁸⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91.

sentimento permaneceu. E, diante dessa evolução do “sentimento da infância”, PHILIPPE ARIÈS conclui:

Na sociedade medieval, que tomamos como ponto de partida, o sentimento da infância não existia – o que não quer dizer que as crianças fossem negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes. [...].

Assim, embora as condições demográficas não tenham mudado muito do século XIII ao XVII, embora a mortalidade infantil se tenha mantido num nível muito elevado, uma nova sensibilidade atribuiu a esses seres frágeis e ameaçados uma particularidade que antes ninguém se importava em reconhecer: foi como se a consciência comum só então descobrisse que a alma da criança também era imortal. É certo que essa importância dada à personalidade da criança se ligava a uma cristianização mais profunda dos costumes.³⁹⁰

No mesmo século XVII, a escola consolida a categoria social da infância (progresso do sentimento da infância na mentalidade comum), promovendo o seu prolongamento (duração do ciclo escolar) e a introdução da disciplina (que depois passou para a vida familiar). A escola (educação escolar ou formal, por meio do ensino) propiciou uma separação da sociedade dos adultos, por meio do isolamento das crianças (durante o processo de formação moral e intelectual) e do seu adestramento (imposição de uma disciplina mais autoritária, reflexo do absolutismo das monarquias). A escola se torna não apenas uma instituição de ensino, mas de vigilância e enquadramento da infância e da juventude.

O sentimento da inocência e da fraqueza (debilidade) da infância implicava o dever dos adultos de preservar a primeira e fortalecer a segunda, servindo como fator de justificação da disciplina: as crianças não podiam ser abandonadas sem perigo a uma liberdade sem limites hierárquicos; elas exigem uma disciplina maior e princípios mais estritos. Por isso, os mestres não deviam mais ser os primeiros camaradas da criança (como na escola medieval): sua missão consistia não apenas em transmitir (como mais velhos diante de companheiros mais jovens) os

³⁹⁰ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 99 e 25.

elementos de um conhecimento; eles deviam, em primeiro lugar, formar os espíritos, inculcar virtudes, educar tanto quanto instruir, pois esses educadores eram responsáveis pela alma dos alunos. Era um dever empregar, sem indulgência, seus poderes de correção e punição, pois isso envolvia a salvação da alma das crianças, pelas quais os educadores eram responsáveis perante Deus. PHILIPPE ARIÈS ainda salienta que:

O sentido da inocência infantil resultou portanto em uma dupla atitude moral com relação à infância: preservá-la da sujeira da vida ...; e fortalecê-la, desenvolvendo o caráter e a razão. [...].

Duas ideias novas surgem ao mesmo tempo: a noção da fraqueza da infância e o sentimento da responsabilidade moral dos mestres. [...].

A disciplina escolar teve origem na disciplina eclesiástica ou religiosa; ela era menos um instrumento de coerção do que de aperfeiçoamento moral e espiritual [...]. Os educadores a adaptariam a um sistema de vigilância permanente das crianças, de dia e de noite, ao menos em teoria³⁹¹.

O sentimento de responsabilidade moral pela salvação das almas das crianças inocentes e fracas (pressuposto da incapacidade e da vulnerabilidade, comumente empregado para “legitimar” o controle social de determinados grupos de pessoas) ressurgiu com o movimento estadunidense de “salvação da criança”, que impulsionou a criação do primeiro Tribunal de Menores, em 1899, sediado na cidade de Chicago (sede do Condado de Cook), Estado de Illinois, por meio do *The Illinois Juvenile Court Act of 1899* (Lei do Tribunal de Menores de Illinois de 1899) – ideologia que inspirou a *fase tutelar* do tratamento jurídico de crianças e adolescentes no Brasil (Códigos de Menores de 1927 e de 1979), regida pela doutrina da situação irregular.

Partindo da premissa de a escola ser o espaço para a produção da ordem e da disciplina de crianças e adolescentes (em situação regular, oriundos de famílias estruturadas, normalmente de classes sociais economicamente superiores), a ideologia tutelar prega a necessidade de impor a “tutela” do Estado (controle estatal) a todos os “menores” considerados em situação irregular³⁹² (fora da escola, normalmente de classes sociais economicamente

³⁹¹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 91, 117 e 126.

³⁹² Lei n. 6.697/79 (Código de Menores), art. 2º, *caput*: “Para os efeitos deste Código, considera-se *em situação irregular* o menor: I - *privado de condições essenciais à sua subsistência*, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta *impossibilidade dos pais* ou responsável *para provê-las*; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou

inferiores) – que abrangia a carência de recursos materiais dos pais (art. 2º, *caput*, I, *b*, da Lei n. 6.697/79 - Código de Menores) e, em caso de “menor com desvio de conduta” (em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária), permitia a internação em estabelecimento educacional, ocupacional ou psicopedagógico (arts. 14, VI, e 41, *caput*³⁹³, ambos da Lei n. 6.697/79 - Código de Menores), ou seja, um sistema de vigilância permanente dos menores, nos moldes do pensamento dos educadores moralistas dos séculos XV a XVII³⁹⁴. Na percepção de EMILIO GARCÍA MÉNDEZ:

A história do controle social formal da infância como estratégia específica constitui um exemplo paradigmático de construção de uma categoria de indivíduos débeis para quem a proteção, muito mais que constituir um direito, consiste numa imposição. [...].

Se o século XVIII “descobre” a escola como o lugar de produção de ordem e homogeneização da categoria criança, o século XIX se encarrega da tarefa de conceber e colocar em prática os mecanismos que recolhem e “protegem” aqueles que foram expulsos ou não tiveram acesso ao sistema escolar.³⁹⁵

Em que pese alguns importantes antecedentes legislativos a respeito do tratamento diferenciado de “menores” delinquentes e abandonados (desatendidos), tal como a “Lei Norueguesa de bem-estar infantil”, de 1896, considera-se que a criação do primeiro Tribunal de Menores, em 1899, na cidade de Chicago, Estado de Illinois, representa o marco fundamental na história do controle sociopenal (“proteção-segregação”) de crianças e adolescentes, por força da sua propagação para a Europa e América Latina. Como se percebe, o Direito da Criança e do Adolescente surge não propriamente como um sistema de normas especiais, mas como uma especialização da jurisdição (de menores).

responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - *com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária*; VI - autor de infração penal”.

³⁹³ Lei n. 6.697/79 (Código de Menores), art. 41, *caput*: “O menor *com desvio de conduta* ou autor de infração penal *poderá ser internado em estabelecimento adequado*, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público”.

³⁹⁴ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 105 e 126.

³⁹⁵ MÉNDEZ, Emilio García. História da criança como história do seu controle. **Das necessidades aos direitos**. Emilio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa. Série Direitos da Criança, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 14 e 16.

Interessante registrar que, alguns anos antes, ainda no ambiente estadunidense, um caso de maus-tratos praticados pelos pais adquiriu grande repercussão na imprensa e na opinião pública: o caso “Mary Ellen”. Em 1874, na cidade de Nova York, uma assistente social da igreja descobriu a menina Mary Ellen seriamente doente em consequência de maus-tratos, acorrentada a uma cama e alimentada a pão e água. Em face da ausência de base legal específica contra esse tipo de abuso, a “Sociedade para a Proteção dos Animais” de Nova York processou os pais com fundamento na lei de proteção aos animais, argumentando que a menina não seria menos que um cachorro ou um gato, sendo igualmente membro do reino animal³⁹⁶. Trata-se da primeira intervenção do Estado em caso de criança sujeita a maus-tratos por parte dos pais, tendo a menina Mary Ellen (então com nove anos de idade) sido retirada da guarda de seus pais por autoridades judiciais em 1875 – mesmo ano da criação da “Sociedade de Nova York para a Prevenção da Crueldade contra Crianças”.³⁹⁷

Em face da centralidade do movimento estadunidense de “salvação da criança”, que impulsionou a criação do primeiro Tribunal de Menores, em 1899, abordaremos a sua ideologia a partir da profunda pesquisa elaborada por ANTHONY M. PLATT³⁹⁸. Entre 1880 e 1890, os reformadores penais de Illinois se dedicaram a melhorar as condições de encarceramento para crianças e adolescentes, que necessitavam de atenção e cuidados especiais. Buscava-se salvar as crianças e adolescentes da contaminação oriunda do contato com delinquentes adultos, por meio da estruturação de instituições especiais (espaços de detenção para aguardar o julgamento e reformatórios para depois do julgamento). Assim, o sistema de tribunais para menores (especialização da jurisdição) foi parte de um movimento geral destinado a subtrair os adolescentes dos processos de direito penal (subtração dos reformatórios da jurisdição penal) e a criar programas especiais para crianças e adolescentes delinquentes, dependentes e abandonados (parte integrante de toda a planificação assistencial).

O reformatório se distinguia da penitenciária tradicional por uma política de sentença indeterminada (sistema de “classificações” e de “persuasão organizada”, em lugar da “restrição coercitiva”): o objetivo último era reformar o delinquente, algo que somente poderia ser alcançado colocando o destino do preso em suas próprias mãos, permitindo-lhe, por seu

³⁹⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Especial, volume I, tomo segundo (A Criança no Direito Internacional). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

³⁹⁷ MÉNDEZ, Emilio García. **Das necessidades aos direitos**. Série Direitos da Criança, n. 4. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 17.

³⁹⁸ PLATT, Anthony M.. **Los “salvadores del niño”**: o la invención de la delincuencia. Tradução: Félix Blanco. México: Siglo veintiuno, 2014. Tradução livre.

trabalho e bom comportamento, elevar-se passo a passo até uma posição mais branda; simetricamente, o mau comportamento o manteria em um estado de coerção e restrição. Os reformatórios permitiriam afastar as crianças e adolescentes de um conjunto de exposições indesejadas, tentações e perigos; a educação adequada poderia contrapor uma vida familiar deficiente, um meio ambiente corrompido e a pobreza, ao mesmo tempo em que robusteceria e prepararia os delinquentes para a vida em sociedade. A institucionalização foi largamente empregada com esse discurso, pois a probabilidade de reforma seria maior com a criança ou adolescente apartado de pais “imorais” e de um meio ambiente “vicioso”.

O plano de reforma compreendia os seguintes princípios: (i) os delinquentes jovens teriam que ser separados das influências corruptoras dos criminosos adultos; (ii) os delinquentes teriam que ser afastados de seu meio e trancados para seu próprio bem e proteção (os reformatórios deveriam ser santuários guardados, onde se combinariam amor e orientação com firmeza e restrições); (iii) os delinquentes deveriam ser enviados ao reformatório sem processo e com requisitos legais mínimos (não haveria necessidade de um processo, pois a intervenção consistiria em reformar e não castigar); (iv) as sentenças seriam indeterminadas para que os reclusos fossem alentados a cooperar em sua própria reforma e os delinquentes recalcitrantes não pudessem retomar sua carreira infame; (v) não se deveria confundir reforma com sentimentalismo; (vi) os reclusos teriam que estar protegidos da preguiça, da indulgência e do luxo, mediante o exercício militar e físico e uma vigilância constante; (vii) os reformatórios deveriam estar construídos no campo (o tema da inocência da infância retornaria com a ideia da pureza do campo, em contraste com a corrupção da cidade, que ofereceria demasiadas tentações e insuficiente vigilância – a natureza propiciaria a comunhão com uma “segunda mãe”); (viii) o trabalho, o ensino e a religião constituiriam a essência do programa de reforma (os reclusos deveriam receber uma educação mais que elementar, com predominância dos conhecimentos industriais e agrícolas – educação anti-intelectual); (ix) deveria ser ensinado o valor da sobriedade, da temperança, da inventividade, da prudência, da ambição “realista” e da adaptação.

A preocupação essencial do movimento de “salvação da criança” era a identificação e o controle do comportamento juvenil discrepante: com isso, despertou a atenção para novas categorias de desvio juvenil antes não apreciadas (tese da “invenção da delinquência”, de ANTHONY M. PLATT). O tribunal para menores era um juízo especial criado para determinar a categoria jurídica das crianças e adolescentes “problema”: seu fundamento era o conceito de *parens patriae*, que possibilitava ampla discricionariedade para resolver os

problemas das crianças e adolescentes menos afortunados. A administração da justiça para menores era absolutamente distinta do processo penal, pois não se acusava a criança ou adolescente de um delito, sendo-lhe oferecida ajuda e orientação; entendia-se que a intervenção em sua vida não lhe imporia o estigma de um antecedente penal; os procedimentos eram informais e as garantias do devido processo não eram aplicadas.

Os estatutos originais dos tribunais para menores permitiam a investigação judicial de uma grande variedade de necessidades e de mau comportamento das crianças e adolescentes: a ideia do movimento de “salvação da criança” radicava em não estabelecer distinções formais (legais) entre a criança ou adolescente delinquente, dependente ou desatendido. As definições de “delinquência” contidas nos estatutos abrangiam: (i) os atos que seriam delinquência se fossem cometidos por adultos; (ii) os atos transgressores das ordenações dos condados, cidades ou municípios; (iii) as transgressões de conceitos gerais vagamente definidos, como “comportamento vicioso ou imoral”, “incurribilidade”, “ociosidade”, “linguagem blasfema ou indecente”, “ser vagabundo”, “viver com uma pessoa viciosa ou de má fama”, que indicariam a possibilidade de uma conduta pior no futuro, se não fosse interrompida (antecipação da intervenção para a prevenção da pré-delinquência) – comportamentos similares aos incorporados pela doutrina da situação irregular, que inspirou a legislação brasileira antes da Constituição Federal de 1988 (Códigos de Menores de 1927 e de 1979³⁹⁹).

O juiz de menores deveria atuar como um “bom pai de família”, com terna solicitude e com o cuidado que teriam os pais prudentes e amorosos para com seus próprios filhos em circunstâncias semelhantes. A informalidade dos procedimentos se coadunava com o ideal de reforma (tratamento e não castigo), pois as garantias constitucionais impediriam o esforço adequado para salvar as crianças e adolescentes necessitados de salvação – ao desconhecer os seus direitos (negação do *status* de sujeitos de direitos), a nova penologia promovia a “reificação” (“objetificação” ou “coisificação”) das crianças e adolescentes. O juiz atuaria como um “terapeuta judicial”, examinando o estado do paciente (criança ou adolescente) com o emprego de metáforas médicas.

³⁹⁹ Lei n. 6.697/79 (Código de Menores), art. 2º, *caput*: “Para os efeitos deste Código, considera-se em *situação irregular* o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal”.

ANTHONY M. PLATT ainda esclarece como o movimento de “salvação da criança” possibilitou o controle formal das classes sociais economicamente inferiores, bem como o seu aspecto “antilegal”, no sentido da informalidade dos procedimentos e do poder de investigação do caráter e da personalidade moral de crianças e adolescentes (intervenção dissociada do cometimento de infração penal, em pré-delinquentes, motivada por mero desvio ou comportamento discrepante):

O movimento em favor dos tribunais para menores foi além de um interesse humanitário pelo tratamento especial dos adolescentes. Levou ao âmbito do controle oficial uma série de atividades juvenis que anteriormente haviam sido negligenciadas ou gerenciadas informalmente. Não era casualidade que o comportamento selecionado para penalização pelos “salvadores de crianças” – embriaguez, mendicância, correr pelas ruas, frequentar salões de baile e de cinema, lutas, atividade sexual, sair tarde da noite e incorrigibilidade – foi atribuído principalmente às crianças e aos adolescentes de famílias migrantes e imigrantes de classe baixa. [...].

O movimento em favor dos tribunais para menores era “antilegal” no sentido de que alentava uma formalidade mínima de procedimento e uma dependência máxima dos recursos extralegais. Os juízes estavam autorizados a investigar o caráter e os antecedentes sociais tanto de crianças e adolescentes “delinquentes” como dos “pré-delinquentes”. Examinavam a motivação pessoal tanto como a intenção delitiva, tratando de identificar a personalidade moral das crianças e adolescentes problema. Os requisitos da penologia preventiva e da redenção da criança e do adolescente ainda justificavam a intervenção do tribunal em casos onde não se havia cometido qualquer delito [...].⁴⁰⁰

A informalidade dos procedimentos (ampla discricionariedade judicial) da jurisdição de menores acabou sendo rechaçada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por ocasião do julgamento de dois casos paradigmáticos: “Kent v. U.S.” (1966)⁴⁰¹ e “In re Gault” (1967)⁴⁰². O caso Kent envolvia especificamente o procedimento de transferência ou renúncia de jurisdição (*transfers* ou *waivers*), que possibilita o deslocamento da competência para a apreciação de infrações penais praticadas por pessoas menores de idade, dos tribunais de menores para os tribunais criminais (com a conseqüente possibilidade de

⁴⁰⁰ PLATT, Anthony M.. **Los “salvadores del niño”**: o la invención de la delincuencia. Tradução: Félix Blanco. México: Siglo veintiuno, 2014. p. 154 e 156. Tradução livre.

⁴⁰¹ “Kent v. United States”, 383 U.S. 541 (1966).

⁴⁰² “In re Gault”, 387 U.S. 1 (1967).

aplicação das mesmas penas cominadas aos adultos). Ao apreciar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América consignou que a filosofia *parens patriae* do tribunal de menores “não é um convite à arbitrariedade processual”⁴⁰³ e delimitou os procedimentos e *standards* que devem ser observados no procedimento de transferência ou renúncia da jurisdição de menores – a margem de manobra do tribunal de menores não seria completa: pressupõe regularidade processual suficiente nas circunstâncias particulares para satisfazer os requisitos básicos do devido processo legal e da equidade, bem como o cumprimento do requisito legal de uma “investigação completa” das condições exigidas para a transferência ou renúncia da jurisdição de menores.

Ainda que de forma incidental (não vinculado ao caso em julgamento), o *Justice FORTAS* afirmou que “a criança recebe o pior dos dois mundos: não recebe as proteções concedidas aos adultos nem os cuidados solícitos e o tratamento regenerativo postulados para as crianças”⁴⁰⁴. Contudo, a despeito da sua importância como primeira reação judicial ao modelo tutelar (marcado pela ampla discricionariedade e pela informalidade dos procedimentos), o caso Kent gerou interpretações distorcidas a seu respeito, no sentido de que a concessão de direitos e garantias implicaria abdicação do tratamento especial ou diferenciado estabelecido no direito da criança e do adolescente (origem da equivocada concepção de que o “direito penal juvenil” significaria tratar crianças e adolescentes como adultos). IRIS ROSARIO esclarece a aludida confusão:

Este caso era especial porque foram avaliados os direitos que deviam existir no Tribunal de Menores, mas dentro do contexto de uma renúncia de jurisdição. [...].

Através dos anos, não se tem distinguido adequadamente o fato de que no caso “Kent” a Corte tenha feito um reconhecimento de direitos no mecanismo processual que permitia o tratamento de um menor como adulto. Em outras palavras, a Corte, partindo da premissa de que já coexistia junto ao regime tutelar a possibilidade de transladar determinados menores da jurisdição exclusiva do sistema juvenil, o que fez foi regular o processo pelo qual dita transferência ocorreria.⁴⁰⁵

⁴⁰³ “Kent v. United States”, 383 U.S. 541 (1966). Tradução livre.

⁴⁰⁴ “Kent v. United States”, 383 U.S. 541 (1966). Tradução livre.

⁴⁰⁵ ROSARIO, Iris. La capacidad disminuida como reto a las renunciaciones de jurisdicción. **Nuevos problemas de la justicia juvenil**. Dirección: Mary Beloff. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017. p. 374-375. Tradução livre.

Posteriormente, no caso “In re Gault” (1967), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu pela aplicação da cláusula do devido processo legal (contida na Décima Quarta Emenda) aos processos de competência dos tribunais de menores em geral, tendo o *Justice FORTAS* ponderado que:

O garoto está internado em uma instituição onde ele pode ficar com a liberdade restrita por anos. [...]. O fato é que, por mais eufemístico que seja o título, uma “casa de recepção” ou uma “escola industrial” para menores é uma instituição de confinamento em que a criança fica encarcerada por maior ou menor tempo. Seu mundo se torna “um prédio com paredes brancas, rotina regrada e horários institucionais ...”. Em vez de mãe e pai e irmãs e irmãos e amigos e colegas de classe, seu mundo é povoado por guardas, guardiões, funcionários do Estado e “delinquentes” confinados com ele por qualquer coisa, desde rebeldia até estupro e homicídio. [...].

Um procedimento em que a questão é se a criança será considerada “delinquente” e sujeita à perda da sua liberdade por anos é comparável em gravidade a um processo criminal.⁴⁰⁶

Com isso, opera-se a ruptura do paradigma tutelar (movimento de “salvação da criança”), mediante o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos (todos os direitos da pessoa humana, mais aqueles especiais decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento) – aquisição de cidadania, considerada como o *direito a ter direitos*⁴⁰⁷ (o “menor” não mais seria mero objeto de tutela ou controle estatal).

Essa breve reconstrução das origens e desenvolvimento do Direito da Criança e do Adolescente permite a compreensão da evolução do tratamento jurídico de crianças e adolescentes, principalmente da ideologia que inspirou a etapa tutelar (doutrina da situação irregular) e a sua superação pela doutrina da proteção integral, impulsionada por diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

⁴⁰⁶ “In re Gault”, 387 U.S. 1 (1967). Tradução livre.

⁴⁰⁷ ARENDT Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012. p. 406.

2. A proteção da criança e do adolescente na normativa internacional

De acordo com o seu alcance subjetivo, os instrumentos internacionais podem ser divididos em dois sistemas: de proteção *homogênea* e de proteção *heterogênea*, “segundo a sua aptidão para proteger direitos reconhecidos a todos os seres humanos (de todo o globo ou de uma região do planeta) ou a apenas algum grupo em especial (grupo este que pode gozar tanto de proteção global quanto de proteção regional para seus direitos humanos)”⁴⁰⁸.

A proteção de crianças e adolescentes pode ser encontrada em diversos instrumentos internacionais de aplicação *homogênea*: na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 25, n. 2⁴⁰⁹); no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 24⁴¹⁰); no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (arts. 10, n. 3⁴¹¹, e 12, n. 2, *a*⁴¹²); e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 19⁴¹³).

No sistema de aplicação *heterogênea* (especial), as iniciativas para a proteção da criança surgem com a Convenção n. 5, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho

⁴⁰⁸ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**: tentativa de sistematização. *Studia Iuridica* 80 - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 97-98.

⁴⁰⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, art. 25, n. 2: “A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”.

⁴¹⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (Decreto n. 592/92), art. 24: “1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade”.

⁴¹¹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (Decreto n. 591/92), art. 10: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: [...] 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil”.

⁴¹² Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (Decreto n. 591/92), art. 12, n. 2: “As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; [...]”.

⁴¹³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (Decreto n. 678/92), art. 19: “Direitos da Criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

de 1919, que dispõe sobre a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais, estabelecida em 14 anos (art. 2º). A Convenção n. 6, aprovada na mesma ocasião, ainda estabelece a proibição de trabalho noturno para pessoas menores de 18 anos em empresas industriais públicas ou privadas (art. 2º). Em 1921, foi adotada, pela Liga das Nações, a Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. O primeiro documento de caráter amplo e genérico foi a Declaração de Genebra (“Direitos da Criança”), de 1924, aprovada pela Liga das Nações e proclamada como a “Carta da Liga sobre a Criança”. Em 1959, as Nações Unidas aprovaram a Declaração dos Direitos da Criança (Resolução n. 1.386/59), que estabelece dez princípios⁴¹⁴. A respeito das Declarações de 1924 (Declaração de Genebra - “Direitos da Criança”) e de 1959 (Declaração dos Direitos da Criança) JACOB DOLINGER esclarece que:

enquanto a Declaração de 1924 falava que “a criança deve receber”, na Declaração de 1959 as crianças deixaram de ser meros recipientes passivos, para serem reconhecidas como sujeitos do direito internacional, capazes de gozar de determinados direitos e liberdades. Como toda Declaração emanada da ONU, este documento não tem força legal, representando uma recomendação do órgão máximo internacional aos pais e aos governos, para que cuidem da educação e do bem-estar das crianças do mundo todo.⁴¹⁵

Em comemoração aos 20 anos da Declaração de 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou o ano de 1979 como “Ano da Criança”, oportunidade em que a Polônia propôs a elaboração de um tratado internacional que transformaria em termos jurídicos os princípios estabelecidos na Declaração de 1959, iniciativa aceita pela Assembléia Geral. Dez anos depois, em 20 de novembro de 1989, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos da

⁴¹⁴ Para os efeitos do presente trabalho, destacamos o primeiro e o segundo princípios da Declaração dos Direitos da Criança (Resolução n. 1.386/59): “Princípio 1 - A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família. Princípio 2 - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança”.

⁴¹⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Especial, volume I, tomo segundo (A Criança no Direito Internacional). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

Criança⁴¹⁶. No Brasil, tal convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Para o tema da presente pesquisa, apresentam especial interesse as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)⁴¹⁷, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Regras de Havana)⁴¹⁸ e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad)⁴¹⁹.

3. A proteção da criança e do adolescente no Brasil

3.1. A Roda dos Expostos

Inicialmente, a proteção da criança ou adolescente em condição de pobreza, abandono ou orfandade era promovida pela atuação da *caridade* (assistência aos pobres), normalmente prestada por instituições religiosas. A principal manifestação desse modelo de assistência foi a *Roda dos Expostos*⁴²⁰ ou *Roda dos Enjeitados*, assim denominada por força do dispositivo onde eram colocados os bebês que se queria abandonar:

sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha que enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha com uma sineta, para avisar a

⁴¹⁶ O art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) considera como “criança” todo ser humano com menos de 18 anos de idade – a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

⁴¹⁷ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

⁴¹⁸ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990.

⁴¹⁹ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

⁴²⁰ A primeira “Roda dos Expostos” foi instalada em 1726, na Santa Casa de Misericórdia de Salvador da Bahia. Posteriormente, foram instaladas rodas dos expostos no Rio de Janeiro, em 1738, e em Recife, em 1789 (MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. **História social da infância no Brasil**. Organização: Marcos Cezar de Freitas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016. p. 77-79).

vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado.⁴²¹

FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE observa que “a roda dos expostos apresentou-se como a primeira iniciativa pública de atendimento à criança, vez que histórias de abandono, desde os mais longínquos tempos, sempre fizeram parte da realidade social mundial”.⁴²² Por impossibilitar a identificação da pessoa que entregava a criança, a Roda dos Expostos costuma ser identificada como a gênese do instituto do “parto anônimo”. Contudo, a Roda dos Expostos passou a apresentar incompatibilidades com a mentalidade predominante na segunda metade do século XIX, notadamente com os discursos moralistas e higienistas (da medicina):

por um lado ela constituía um atentado à moralidade ao incentivar uniões ilícitas, que resultavam em filhos ilegítimos, anonimamente abandonados nas Rodas [...]; por outro lado, o amontoamento de crianças nos asilos feria todos os preceitos da higiene, o que era largamente atestado pela facilidade com que as crianças morriam naqueles estabelecimentos.⁴²³

3.2. Substituição do modelo de assistência: a filantropia e a progressiva intervenção estatal

Com a proclamação da República (1889), a criança ou adolescente adquire um papel de relevância, pois passa a ser percebido como “chave para o futuro” da nação: “um ser em formação – ‘ductil e moldável’ – que tanto pode ser transformado em ‘homem de bem’ (elemento útil para o progresso da nação) ou num ‘degenerado’ (um vicioso inútil a pesar nos cofres públicos)”⁴²⁴. Paralelamente, os recentes fenômenos da industrialização e da urbanização ensejam um aumento na criminalidade e na delinquência juvenil, criando assim

⁴²¹ MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. **História social da infância no Brasil**. Organização: Marcos Cezar de Freitas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016. p. 73-74.

⁴²² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 1 (dezembro-janeiro de 2008). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. p. 144.

⁴²³ RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 111.

⁴²⁴ RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 24.

um paradoxo: ao mesmo tempo em que representava a esperança (futuro da nação), a criança ou adolescente, quando delinquente ou abandonado (“em perigo de ser delinquente”), significava uma ameaça para a sociedade. Essa visão ambivalente da criança ou adolescente (em perigo e perigosa, que deveria ser protegida e igualmente contida) propiciou a identificação de um problema social, a demandar a urgente intervenção do Estado. Assim, a “magna causa” da criança ou adolescente adquire dimensão social, de atribuição do Estado (competência administrativa), justificando:

a criação de um complexo aparato médico-jurídico-assistencial, cujas metas eram definidas pelas funções de *prevenção*, *educação*, *recuperação* e *repressão*. Em discurso caracterizado pela dualidade – ora em defesa da criança, ora em defesa da sociedade – estabelecem-se os objetivos para as funções acima: de *prevenção* (vigiar a criança, evitando a sua degradação, que contribuiria para a degeneração da sociedade); de *educação* (educar o pobre, moldando-o ao hábito do trabalho e treinando-o para que observe as *regras do “bem-viver”*); de *recuperação* (reeducar ou reabilitar o menor, percebido como “*vicioso*”, através do trabalho e da instrução, retirando-o das garras da criminalidade e tornando-o útil à sociedade); de *repressão* (conter o *menor delinquente*, impedindo que cause outros danos e visando a sua reabilitação, pelo trabalho).⁴²⁵

O movimento de “salvação da criança ou adolescente”, alicerçado em premissas como a hereditariedade (a criança ou adolescente herdaria de seus pais as “células do vício”) e a influência do meio (necessidade de retirar a criança ou adolescente do seu ambiente – familiar e social –, quando considerado pernicioso), acabou direcionando a intervenção do Estado para os delinquentes e para os abandonados – material ou moralmente. Eis o surgimento da categoria dos *menores*. Demonstrada a incapacidade de os pais cuidarem – material ou moralmente – de seus filhos (abandonados), a criança ou adolescente deveria passar para os cuidados do Estado (função tutelar). Como esclarece IRENE RIZZINI, “salvar essa criança era uma missão que ultrapassava os limites da religião e da família e assumia a dimensão política de controle, sob a justificativa de que havia que se defender a sociedade em nome da ordem e da paz social”⁴²⁶.

⁴²⁵ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26.

⁴²⁶ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 101.

Observa-se a substituição do modelo de assistência, com a passagem da caridade religiosa (controlada pela Igreja) para a filantropia (caridade laica), progressivamente controlada pelo Estado. Surge então uma aliança entre a Justiça e a assistência, que origina a ação tutelar do Estado, inserida “na lógica do modelo filantrópico, que visava o saneamento moral da sociedade a incidir sobre o pobre. Tornam-se politicamente viáveis [Justiça e assistência] ao servir a função regulatória de enquadrar os indivíduos, desde a infância, à disciplina e ao trabalho”⁴²⁷. Compreende-se agora a dicotomia criada entre as categorias *criança* (ou adolescente) e *menor* (compreensiva dos delinquentes e abandonados, praticamente objeto de fusão conceitual): para a criança, mantida sob os cuidados de sua família, era reservada a cidadania; para o menor, mantido sob a tutela vigilante do Estado, era reservada a “estadania” – ação paternalista do Estado –, consistente em leis e medidas de repressão e recuperação (delinquente) ou de prevenção e educação (abandonado).

O *Instituto de Protecção e Assistencia á Infancia* (IPAI), fundado em 1899 pelo médico Moncorvo Filho, no Rio de Janeiro, apenas foi instalado em 14 de julho de 1901, passando a receber subsídio do governo a partir de 1904 (Decreto n. 1.154). O Instituto se destinava a “amparar e proteger a infância necessitada” (art. 1º), tratando-se de um projeto médico, assistencial e filantrópico, que visava proteger as crianças pobres, “prodigalizando-lhes todos os recursos modernos da therapeutica e da hygiene”⁴²⁸. A Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, que “Fixa a Despesa Geral da Republica dos Estados Unidos do Brasil para o Exercício de 1921”, em seu art. 3º, autorizava o governo a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente. Como esclarece PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA:

mais de que uma peça orçamentária a mencionada lei acabou por determinar a organização de serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente (art. 3º, inc. I), definir hipóteses de abandono e situações a elas equiparadas (art. 3º, § 1º), ampliar as causas para a suspensão e destituição do pátrio poder, prever situações justificadoras da colocação dos menores sob guarda de terceiros e indicar

⁴²⁷ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 125.

⁴²⁸ RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Organização: Irene Rizzini e Francisco Pilotti. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 118.

sanções aos pais ou responsável (art. 3º, §§ 2º a 15). Também regulamentou as sanções e os procedimentos destinados a infratores (art. 3º, §§ 16 a 37).⁴²⁹

O art. 3º, § 16, da Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, estabelece a inimputabilidade penal absoluta aos menores de 14 anos de idade, adotando um critério objetivo (biológico puro) para a responsabilidade penal – abandona-se o critério biopsicológico de “discernimento”, encontrado no Código Criminal do Império (1830) e no Código Penal da República (1890). Em 1923, o Decreto n. 16.273 reorganiza a Justiça do Distrito Federal e inclui a figura do Juiz de Menores na administração da Justiça. Em 1924, o Decreto n. 16.300 institui a “Inspeção de Hygiene Infantil”, como parte do Departamento Nacional de Saúde Pública. No mesmo ano, aprovou-se o regulamento do Conselho de Assistência e Proteção dos Menores (Decreto n. 16.388) – posteriormente inserido no Capítulo V, da Parte Especial, do Código de Menores de 1927⁴³⁰.

3.3. Código de Menores de 1927 (“Código Mello Mattos”)

Em 1927, surgiu o primeiro Código Especial de Menores (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que consolida as leis de assistência e proteção a menores, conhecido como “Código Mello Mattos”, em homenagem a José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, Juiz de Direito do primeiro Juizado de Menores do Brasil (e da América Latina), criado em 20 de dezembro de 1923, no Rio de Janeiro – então capital federal. O Código de Menores de 1927 (“Código Mello Mattos”), ao definir o objeto e fim da lei (art. 1º), estabelece medidas de assistência e proteção ao menor de 18 anos de idade, *abandonado* (arts. 26 a 30 e 55 a 67) ou *delinquente* (arts. 68 a 91). Algumas normas do Código de Menores de 1927 alcançavam os menores de dezoito anos de idade em geral (independentemente de abandono ou delinquência), tais como aquelas relacionadas ao trabalho dos menores (arts. 101 a 125) e aos crimes e contravenções (arts. 132 a 145). ALYRIO CAVALLIERI esclarece que:

⁴²⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

⁴³⁰ RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Organização: Irene Rizzini e Francisco Pilotti. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 130.

com relação à prevenção, entretanto, não há a consideração de estar o menor em situação irregular, pois, tratando-se de evitar que o menor venha a se encontrar em um estado que demande tratamento, a prevenção se dirige precipuamente àquele que não atingiu tal situação. Tudo isto significa que, para impor uma medida, o juiz tem que se encontrar diante de um menor em situação irregular (atualmente, os abandonados e infratores); para prevenir tal situação, o juiz poderá exercer sua jurisdição indistintamente, a todos os menores, mesmo aqueles que estejam normalmente inseridos em suas famílias, não sendo nem infratores nem abandonados.⁴³¹

Aos menores *abandonados* poderia ser aplicada a medida de internação em hospital, asilo, instituto de educação, oficina escola de preservação ou de reforma (institucionalização), de acordo com o disposto no art. 55, alínea *b*, do Código de Menores de 1927. Para os menores *delinquentes* (infração penal) eram reservadas as seguintes possibilidades: (i) menor de 14 anos: não seria submetido a processo penal de espécie alguma (art. 68, *caput*); (ii) entre 14 anos completos e ainda menor de 18 anos: seria submetido a processo especial (art. 69, *caput*), podendo ser recolhido a uma escola de reforma, pelo prazo de um a cinco anos (§ 2º). Tratando-se de menor abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, poderia ser internado em uma escola de reforma, por todo o tempo necessário à sua educação, que seria de três anos, no mínimo, e de sete anos, no máximo (§ 3º); (iii) entre 16 anos completos e ainda menor de 18 anos de idade, ao tempo da perpetração: se imputado crime considerado grave (pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do agente), praticado por indivíduo perigoso (pelo seu estado de perversão moral), poderia ser remetido a um estabelecimento para condenados adultos (de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão comum com separação dos condenados adultos), onde permaneceria até se verificar sua regeneração, respeitado o máximo legal de duração da pena (art. 71). JOSIANE ROSE PETRY VERONESE observa que:

a tônica predominante desta legislação menorista era corretiva, isto é, fazia-se necessário educar, disciplinar, física, moral e civicamente as crianças oriundas de famílias desajustadas ou da orfandade. O Código instituiu uma perspectiva individualizante do problema do “menor”: a situação de dependência não decorria de fatores estruturais, mas do acidente da orfandade e da incompetência de famílias privadas. O problema tornava-se público pelo somatório de dramas individuais e a solução residia na internação das crianças que, isoladas em instituições educacionais,

⁴³¹ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 39-40.

teriam lá reconstituídas sua identidade e predisposição à conformidade aos cursos esperados de sociabilidade.⁴³²

3.4. Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.)

O Decreto-lei n. 3.799, de 5 de novembro de 1941, transformou o Instituto Sete de Setembro em *Serviço de Assistência a Menores - S.A.M.* (art. 1º), tendo por fim (i) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores *desvalidos* e *delinquentes*, internados em estabelecimentos oficiais e particulares; (ii) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes; (iii) abrigar os menores, à disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal; (iv) recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento; (v) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos; e (vi) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas (art. 2º). O Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.) direcionava a sua atuação para a internação de crianças e adolescentes, carentes e abandonados, em instituições totais (sistema de repressão institucional⁴³³):

presumia-se que aqueles seriam mais bem protegidos se fossem isolados em relação ao seu ambiente de origem que os predisponha a uma situação de delinquência e marginalidade. A internação significaria, sob esta ótica, a exposição máxima ao trabalho disciplinado, do qual resultaria a recomposição da identidade da criança abandonada e infratora, dentro dos padrões convencionais de interação.⁴³⁴

A criação do Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.), em 1941, pelo governo Getúlio Vargas, buscava promover a *centralização* da execução de uma política nacional de assistência. Com sua ação inicialmente restrita ao Distrito Federal, o Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.) adquiriu âmbito nacional em 1944, com o Decreto-lei n. 6.865, passando a “prestar aos menores desvalidos e infratores das leis penais, em todo o território nacional,

⁴³² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 26-27.

⁴³³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 108.

⁴³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 30.

assistência social sob todos os aspectos” (art. 1º). A inadequação da sua metodologia de atendimento, conjugada com a sua estrutura sem autonomia (subordinação direta ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores - art. 1º do Decreto-lei n. 3.799/41), levaram o Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.) a ser sucedido pela criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM).

3.5. Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)

A Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964, autorizou o Poder Executivo a criar a *Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor* (FUNABEM), a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores - S.A.M. (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 4.513/64). A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, com sede no Distrito Federal e com atribuição em todo o território nacional, adquiriu autonomia administrativa e financeira (art. 3º da Lei n. 4.513/64), tendo como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política (art. 5º, *caput*, da Lei n. 4.513/64). O modelo de institucionalização – que orientava a atuação do antigo Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.) –, contudo, perpetuou-se e mesmo se intensificou na Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)⁴³⁵.

3.6. Código de Menores de 1979

A Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu o “Código de Menores”, ainda integra a *fase tutelar* do tratamento jurídico de crianças e adolescentes no Brasil, tendo sido revogada apenas em 1990, pelo art. 267 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). O Código de Menores de 1979 dispunha sobre assistência, proteção e vigilância a menores em três situações distintas (art. 1º): (i) menores até dezoito anos de idade, que se encontrem em *situação irregular* (inciso I); (ii) menores entre dezoito e vinte e um anos de

⁴³⁵ RIZZINI, Irene; CELESTINO, Sabrina. A cultura da institucionalização e a intensificação das práticas de confinamento de crianças e adolescentes sob a égide da Funabem. **História social da infância no Brasil**. Organização: Marcos Cezar de Freitas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016. p. 236.

idade, nos casos expressos em lei (inciso II); (iii) todo menor de dezoito anos de idade, independentemente de sua situação, para efeito de aplicação das medidas de caráter preventivo (parágrafo único).

De acordo com o microsistema estabelecido no Código de Menores de 1979, as medidas judiciais seriam aplicadas apenas aos menores considerados em *situação irregular*: o Juiz de Menores deveria primeiro definir (diagnosticar) a situação do menor para somente depois aplicar a medida adequada (tratamento). O menor seria considerado em *situação irregular* quando (art. 2º da Lei n. 6.697/79): (i) privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável⁴³⁶ ou de manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; (ii) vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; (iii) em perigo moral, devido a se encontrar, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes ou à exploração em atividade contrária aos bons costumes; (iv) privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; (v) com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; (vi) autor de infração penal. Assim, a declaração judicial da *situação irregular* – procedimento de verificação da situação do menor (arts. 94 a 98) – era pressuposto para a imposição das medidas aplicáveis ao menor. ALYRIO CAVALLIERI acrescenta que, “a definição (diagnóstico) da situação irregular não se destina somente a fixar a competência da justiça de menores: recolhe, desde logo, dados que irão decidir quanto ao tratamento adequado (terapêutica) através das medidas judiciais a serem impostas pelo juiz”⁴³⁷.

Tais medidas poderiam ser (art. 14 da Lei n. 6.697/79): (i) advertência; (ii) entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; (iii) colocação em lar substituto; (iv) imposição do regime de liberdade assistida; (v) colocação em casa de semiliberdade; (vi) internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado. O regime de liberdade assistida

⁴³⁶ Lei n. 6.697/79, art. 2º, parágrafo único: “Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.

⁴³⁷ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 39.

(art. 38⁴³⁸), a colocação em casa de semiliberdade (art. 39⁴³⁹) e a internação (art. 41, *caput*⁴⁴⁰) poderiam ser aplicados a menores com *desvio de conduta*, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária, ou autores de *infração penal* (art. 2º, V e VI).

O menor, inclusive aquele com mero desvio de conduta (não definida como infração penal), poderia ser internado em estabelecimento adequado, sem limitação temporal, até o Juiz de Menores determinar o seu desligamento (art. 41, *caput*, da Lei n. 6.697/79), devendo ser reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de medida (art. 41, § 1º, da Lei n. 6.697/79). A duração da medida de internação estaria subordinada apenas a um juízo de “recuperação” do menor e, “embora aparentemente isto venha em benefício do menor, na realidade trata-se de um *regime penal aberto*, ficando a duração da medida fora de qualquer previsão legal, deixando demasiado arbítrio ao julgador em prejuízo dos direitos e garantias individuais”⁴⁴¹.

Em que pese a absoluta indeterminação (legal ou judicial) do seu prazo de duração, a medida de internação não poderia transcender os 21 anos de idade (art. 41, § 3º, da Lei n. 6.697/79) – alcançaria o denominado “jovem adulto”, assim considerado aquele entre 18 e 21 anos de idade. Se o Juiz de Menores não declarasse a cessação da medida de internação (“recuperação”) daquele que completou 21 anos de idade, haveria então deslocamento da competência para o Juízo das Execuções Penais (art. 41, § 3º, da Lei n. 6.697/79), sendo o sujeito removido para estabelecimento adequado (medida de segurança detentiva⁴⁴²), até ser julgado extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal (art. 41, § 4º, da Lei n. 6.697/79).

⁴³⁸ Lei n. 6.697/79, art. 38: “Aplicar-se-á o regime de liberdade assistida nas hipóteses previstas nos incisos V e VI do art. 2º desta Lei, para o fim de vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor. Parágrafo único. A autoridade judiciária fixará as regras de conduta do menor e designará pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso”.

⁴³⁹ Lei n. 6.697/79, art. 39: “A colocação em casa de semiliberdade será determinada como forma de transição para o meio aberto, devendo, sempre que possível, utilizar os recursos da comunidade, visando à escolarização e profissionalização do menor”.

⁴⁴⁰ Lei n. 6.697/79, art. 41, *caput*: “O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público”.

⁴⁴¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 96.

⁴⁴² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 98.

3.7. A Constituição Federal de 1988: incorporação da Doutrina da Proteção Integral

O art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, incorporou a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, ao dispor: “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”.

O reconhecimento da criança ou adolescente como sujeito de direitos, no plano normativo, marca a ruptura com o *assistencialismo* (Direito do Menor), que concebe a criança ou adolescente como um feixe de necessidades e de carências que o Estado e a sociedade têm obrigação de suprir. Essa concepção orientava a antiga “política do bem-estar do menor”, que definia os seus destinatários como carentes bio-psíquico-sócio-culturais, definindo a criança ou adolescente por aquilo que ele não era, não sabia, não tinha, não era capaz, enfim, pelas condições que lhe foram dadas.

A partir da Doutrina da Proteção Integral, a criança ou adolescente deixa de ser um feixe de carências e passa a ser titular de direitos exigíveis, operando-se uma mudança de paradigma: a passagem das necessidades aos direitos, do menor ao cidadão, do avesso ao direito. Como pondera ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA, “o Estado já não vai prover uma carência como um beneficiador, um benevolente que tem do outro lado um beneficiado, um necessitado, pois deste outro lado nós temos agora um cidadão sujeito de direitos exigíveis e, do outro lado, temos um Estado que não está suprimindo, não está atendendo esses direitos”⁴⁴³ – a partir de agora, quem estaria em *situação irregular* seria o Estado e não mais o “menor”.

A Doutrina da Proteção Integral enseja três tipos de inovações na política de promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente: mudanças de conteúdo, de método e de gestão. (i) Mudanças de *conteúdo*: o Estatuto da Criança e do Adolescente acrescenta conteúdos novos aos direitos da infância e da juventude, abrangendo o campo dos direitos individuais (vida, liberdade e dignidade) e o campo dos direitos coletivos (econômicos, sociais

⁴⁴³ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A política das garantias no contexto da crise: a visão do Estado. **Do Avesso ao Direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. Organização: Cecilia Simonetti, Margaret Blecher, Emilio García Méndez. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 87.

e culturais)⁴⁴⁴. (ii) Mudanças de *método*: a primeira mudança de método radica no campo das necessidades sociais (carência), com a superação do assistencialismo, pois a criança ou adolescente deixa de ser percebido como um “feixe de necessidades” e passa a ser encarado como um sujeito de direitos exigíveis em lei. A segunda mudança de método, relacionada ao ato infracional praticado por adolescente, consiste na passagem do modelo correccional-repressivo para um modelo de garantias (estende ao adolescente infrator os direitos assegurados ao sujeito passivo da persecução penal)⁴⁴⁵. (iii) Mudanças de *gestão*: as mudanças de gestão das políticas públicas de atendimento (promoção e defesa) dos direitos da criança e do adolescente (art. 86 do ECA) se concentram em dois princípios estruturais: descentralização político-administrativa e participação da população.

A respeito da *descentralização político-administrativa*, o art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece, como diretrizes da política de atendimento, a sua *municipalização* (inciso I) e a criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa (inciso III), “cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social” (arts. 227, § 7º, e 204, I, ambos da CF). A *participação da população* se implementa por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (arts. 227, § 7º, e 204, II, ambos da CF). O art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece, como diretrizes da política de atendimento, a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais (inciso II), bem como a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente (inciso IV).

⁴⁴⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar**: a criança, o adolescente e a família na política social do município. Série Direitos da Criança, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 22.

⁴⁴⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar**: a criança, o adolescente e a família na política social do município. Série Direitos da Criança, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 23-24.

4. Fases (sistemas) da evolução do tratamento jurídico de crianças e adolescentes

A evolução do tratamento jurídico de crianças e adolescentes pode ser dividida em quatro fases ou sistemas, de acordo com a proposta formulada por PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA⁴⁴⁶ (não limitada aos aspectos penais): (i) Fase da *absoluta indiferença*; (ii) Fase da *mera imputação criminal* (Doutrina do Direito Penal do Menor); (iii) Fase *tutelar* (Doutrina da Situação Irregular); (iv) Fase da *proteção integral*⁴⁴⁷.

4.1. Fase da absoluta indiferença

Na fase da absoluta indiferença, observa-se a ausência de normas jurídicas *especiais* para crianças e adolescentes. Partindo da premissa da incapacidade civil (de fato ou de exercício), a proteção de crianças e adolescentes seria alcançada por meio dos institutos da representação legal e da assistência (arts. 115, 1.634, VII, e 1.747, I, todos do CC). Trata-se de um mecanismo de tutela jurídica *indireta* ou *reflexa*, pois o Direito Civil confere poderes aos adultos (pais ou tutor), mas não direitos específicos para crianças e adolescentes. Compreende-se, assim, a tradição da expressão *poder familiar*⁴⁴⁸, a que estão *sujeitos* os filhos, enquanto menores (art. 1.630 do CC) – relação de sujeição ao poder. Como esclarece PAULO AFONSO

⁴⁴⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

⁴⁴⁷ Analisando a percepção e o tratamento da responsabilidade penal dos menores de idade, EMILIO GARCÍA MÉNDEZ identifica três grandes etapas históricas: (i) caráter *penal indiferenciado*, que se caracteriza por considerar aos menores de idade praticamente da mesma forma que aos adultos (a diferenciação consistia geralmente na diminuição da pena); (ii) caráter *tutelar*, em que são criadas uma legislação especializada (Códigos de Menores) e uma administração especializada da “questão menoril” (Tribunais de Menores); (iii) *responsabilidade penal dos adolescentes*, que constitui um modelo de justiça e de garantias (Doutrina da proteção integral), promovendo a separação ou distinção, no plano normativo, entre os problemas de natureza social e os conflitos com a lei penal (MÉNDEZ, Emilio García. *Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 8-10).

⁴⁴⁸ Por isso, a doutrina manifesta a preferência pela expressão *autoridade* (ou *responsabilidade*) parental: “não se trata de ‘poder’, nem propriamente de função. Não há relação de subordinação. É mais que um ‘direito-dever’, expressão híbrida equivocada. [...] Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 222-223). A expressão *responsabilidade parental* foi adotada no art. 100, parágrafo único, IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

GARRIDO DE PAULA, “a proteção jurídica quase se exauria na busca do responsável adulto que representasse ou assistisse a criança e o adolescente no exercício de seus direitos”⁴⁴⁹.

4.2. Fase da mera imputação criminal

As primeiras normas jurídicas que tratam *especificamente* de crianças e adolescentes surgem para disciplinar a responsabilidade criminal dos menores, estabelecendo mitigação da pena em determinados casos (apenas abrandamento quantitativo da pena, pois a qualidade da sanção permanece a mesma daquela cominada para os adultos – não se cogita de sanção especial ou diferenciada para crianças e adolescentes, como as atuais medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente). São normas jurídicas que se preocupam apenas em coibir a criminalidade infanto-juvenil (Doutrina do Direito Penal do Menor), reconhecendo, em crianças e adolescentes, a capacidade para suportar sanções (passiva), mas não para exercer direitos (ativa) – capacidade paradoxal⁴⁵⁰. A legislação que representa a etapa da mera imputação criminal (Doutrina do Direito Penal do Menor) compreende:

(i) **Ordenações do Reino de Portugal** (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas): para os menores de 21 anos de idade, poderia ser aplicada uma *diminuição* da pena ou a pena total, inclusive a pena de morte – que era proibida apenas para os menores de 17 anos (Ordenações Filipinas, Livro V, Título CXXXV). A despeito da ausência de disposição legal a respeito do marco inicial da responsabilidade penal⁴⁵¹, prevalecia a inimputabilidade absoluta para os menores de sete anos de idade. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA esclarece que:

havendo naquele tempo uma Igreja oficial, que era a Igreja Católica, primados do Direito Canônico presidiam a jurisdição do Estado. Pelo tradicional catecismo católico, a idade da razão era alcançada aos sete anos. Também do ponto de vista do Estado, no início do século XIX, sete anos era o marco da responsabilidade penal⁴⁵².

⁴⁴⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

⁴⁵⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

⁴⁵¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁴⁵² SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 30.

O Direito romano, atribuindo importância ao elemento subjetivo (dolo) da conduta, considerava que “os menores de sete anos, como consequência da falta de expressão lógica, não tinham vontade criminal e, portanto, não cometiam crimes nem eram punidos, mas para impúberes dos sete aos quatorze anos, admitia-se prova em contrário de sua inocência”⁴⁵³.

MARIA AUXILIADORA MINAHIM acrescenta que:

Ulpiano, por sua vez, acentua em diversos trechos do Digesto, que os impúberes são incapazes de dolo e que, quanto aos menores de sete anos, deve-se ter o dano por eles causado equiparado ao de uma telha que caiu do telhado. Observe-se, porém, que a presunção de inocência de intenção (*inocentia consilii*) só é absoluta com relação aos infantes (aqueles com menos de sete anos).⁴⁵⁴

(ii) **Código Criminal do Império**, de 1830: para os menores de 14 anos de idade, havia uma inimputabilidade penal *relativa*, pois, se obrassem com discernimento, deveriam ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos (arts. 10, § 1º, e 13). Como se percebe, adotava-se um critério biopsicológico (menor de 14 anos, mais discernimento) para a definição da responsabilidade penal. MARIA AUXILIADORA MINAHIM noticia que:

um método utilizado, na Inglaterra e na Itália de antigamente, para conhecer se a criança agira ou não com discernimento, era a prova da maçã de Lubeca, que consistia em oferecer uma maçã e uma moeda. Escolhida esta última, estava provada a malícia e anulada qualquer proposta legal com tons de proteção.⁴⁵⁵

A imputabilidade penal plena, com caráter objetivo (por critério biológico puro), era alcançada ao completar 14 anos de idade. Para os acusados com 14 anos completos, mas menores de 17 anos de idade, poderia o juiz impor as penas da cumplicidade (arts. 18, § 10, segunda parte, e 35), com a consequente diminuição de um terço ou comutação da pena (art.

⁴⁵³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção**: a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 22.

⁴⁵⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção**: a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 21.

⁴⁵⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção**: a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 24.

34). Para os acusados menores de 21 anos de idade, incidia uma circunstância atenuante (art. 18, § 10, primeira parte).

(iii) **Código Penal da República**, de 1890 (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890) - estabelecia três graus de (in)imputabilidade, a saber: (a) a inimputabilidade penal *absoluta* abrangia os menores de 9 anos de idade (art. 27, § 1º); (b) para aqueles com 9 anos completos e menores de 14 anos de idade, havia uma inimputabilidade penal *relativa*: se obrassem com discernimento, deveriam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos (arts. 27, § 2º, e 30) – critério biopsicológico (idade mais discernimento) para a definição da responsabilidade penal; (c) a imputabilidade penal plena, com caráter objetivo (por critério biológico puro), era alcançada ao completar 14 anos de idade. O art. 3º, § 16, da Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, estabelece a inimputabilidade penal *absoluta* para os menores de 14 anos de idade, adotando um critério objetivo (biológico puro) para a responsabilidade penal. Com isso, abandona-se o critério biopsicológico de “discernimento”, encontrado no Código Criminal do Império (1830) e no Código Penal da República (1890).

4.3. Fase tutelar

A fase tutelar surge a partir de uma especialização da jurisdição, com a criação do primeiro Juizado de Menores do Brasil (e da América Latina), em 20 de dezembro de 1923, no Rio de Janeiro (então capital federal), sendo para ele designado, em 2 de fevereiro de 1924, o Juiz de Direito José Cândido de Albuquerque Mello Mattos. O Código Mello Mattos, de 1927, tinha sua aplicação direcionada aos menores abandonados e delinquentes, sendo sucedido pelo Código de Menores (Lei 6.697/1979), cujas normas incidiam apenas para menores em *situação irregular*⁴⁵⁶ (Doutrina da Situação Irregular). O tratamento jurídico de crianças e adolescentes

⁴⁵⁶ Lei n. 6.697/79 (Código de Menores): “Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação. Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência

era dividido em duas categorias: (i) menores *em situação irregular*, sujeitos ao Código de Menores (tutela estatal); (ii) menores em situação regular, sujeitos ao Direito de Família.

O Direito Menorista ficou assim marcado pela seletividade, por alcançar apenas menores em situação irregular, normalmente abandonados ou autores de infração penal, aos quais poderiam ser aplicadas as mesmas medidas: compreende-se, assim, a indevida assimilação (identificação ou confusão) conceitual criada entre menores abandonados e delinquentes, com a conseqüente estigmatização do termo “menor” (pessoa sujeita ao Código de Menores). O menor declarado em situação irregular era então submetido ao regime jurídico do Código de Menores, passando a ser *objeto* de tutela estatal (e não sujeito de direitos).

Entendia-se que o juiz deveria atuar como um bom “pai de família” (imagem patriarcal do juiz como “pai substituto”, em uma visão paternalista da intervenção estatal), com ampla discricionariedade, em procedimentos marcados pela informalidade e ausência de garantias processuais (minimização formal do controle social para atingir a maximização de repressão material⁴⁵⁷). Como observa JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, “a caminhada de proteção dos direitos da infância colocava como pressuposto a superação de garantias como o princípio da legalidade, em face da suposta figura de um juiz investido de todas as prerrogativas do bom *pater familiae*”.⁴⁵⁸

Como se percebe, a fase tutelar, regida pela doutrina da situação irregular, encontra clara inspiração na ideologia do movimento estadunidense de “salvação da criança” (anteriormente analisado), que impulsionou a criação do primeiro Tribunal de Menores, em 1899, sediado na cidade de Chicago, Estado de Illinois. O cerne da doutrina da situação irregular consiste na indiferenciação (tratamento indiscriminado) de menores delinquentes e abandonados:

A essência desta doutrina se resume na criação de um marco jurídico que legitime uma intervenção estatal discricionária sobre esta parte do produto residual da

legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal”.

⁴⁵⁷ MÉNDEZ, Emilio García. História da criança como história do seu controle. **Das necessidades aos direitos**. Emilio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa. Série Direitos da Criança, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 25.

⁴⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 41.

categoria infância, constituída pelo mundo dos “menores”. A indistinção entre abandonados e delinquentes é a pedra angular deste magma jurídico.⁴⁵⁹

O modelo tutelar (de proteção ou assistencial) se apropria de postulados e ideais dos positivismos criminológico e correccionalista (amplamente dominantes no final do século XIX e no primeiro terço do século XX)⁴⁶⁰. Para o positivismo criminológico, a pessoa que comete conduta definida como infração penal seria prisioneiro da sua própria patologia (determinismo bioantropológico ou psicológico, associado ao processo de desenvolvimento físico e psíquico em que se encontra a criança ou adolescente – premissa da incapacidade, que possibilita a assimilação ao doente mental) ou de processos causais alheios (determinismo sociológico, que pode ser associado aos meios familiar e social em que a criança ou adolescente se encontra inserido – desvio de conduta ou comportamento discrepante). Assim, a infração penal e o desvio de conduta não interessam por si mesmos, mas como sintoma da periculosidade (atual ou futura) da criança e do adolescente (delinquente ou pré-delinquente). Tais condutas são merecedores de tratamento por parte do Estado, de modo que o Direito de Menores não tem natureza penal, sendo obra humanitária da psiquiatria e da pedagogia. Partindo das ideias de cura e de educação, o correccionalismo reforça o instrumental para a intervenção tutelar, por meio da concessão de ampla discricionariedade judicial, de sentença indeterminada e da concepção de que a privação da liberdade seria um “bem” para a criança ou adolescente – linha condutora para a informalidade dos procedimentos e para a ausência de garantias penais e processuais (não se trata de castigo).

4.4. Fase da proteção integral

A Doutrina da Proteção Integral foi inaugurada com o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁴⁶¹, sendo incorporada ao art. 1º do Estatuto da Criança e do

⁴⁵⁹ MÉNDEZ, Emilio García. A doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas. **Das necessidades aos direitos**. Emilio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa. Série Direitos da Criança, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 68.

⁴⁶⁰ GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. **Derecho penal juvenil**. Barcelona: Bosch, 2003. p. 46-51.

⁴⁶¹ Constituição Federal, art. 227, *caput*: “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”.

Adolescente (Lei n. 8.069/90): as crianças e os adolescentes passam a ser considerados *sujeitos de direitos* e garantias, que podem ser exercidos contra (relações subordinantes) o Estado, a sociedade e a família (art. 100, parágrafo único, I a III, do ECA⁴⁶²). As normas jurídicas buscam a proteção de crianças e adolescentes (e não mais o controle social por meio da tutela estatal), mediante o reconhecimento de direitos específicos (art. 3º, *caput*, do ECA⁴⁶³) decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA). Por isso a preferência legislativa pela denominação “Estatuto”, que indica o reconhecimento de direitos (proteção integral), em lugar de “Código” (ideia de punição)⁴⁶⁴.

5. Princípio da proteção integral: significado e dimensões

A proteção ser integral significa que deve alcançar *todas* as crianças e adolescentes (universalidade da sua titularidade) e ser abrangente de *todos* os seus interesses e necessidades (indivisibilidade dos seus direitos). Como se percebe, a proteção integral apresenta diferentes dimensões, simultâneas e complementares: (i) dimensão *pessoal* ou *subjéctiva* (ativa e passiva); e (ii) dimensão *material* ou *objectiva* (aspectos negativo e positivo).

(i) Dimensão pessoal ou subjéctiva

A dimensão pessoal ou subjéctiva se divide em ativa (titularidade de direitos) e passiva (titularidade de deveres). A dimensão pessoal (subjéctiva) *ativa* compreende todas as crianças e adolescentes, independentemente da sua situação (“regular” ou “irregular”), como

⁴⁶² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 100, 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 três esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; [...]”.

⁴⁶³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 3º, *caput*: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, *sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

⁴⁶⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 7.

sujeitos de direitos, promovendo assim a igualdade no tratamento jurídico das pessoas menores de 18 anos de idade (art. 3º, parágrafo único, do ECA⁴⁶⁵). Trata-se da universalidade (no plano da titularidade) ou inerência dos direitos da criança e do adolescente, que consiste na sua atribuição a toda e qualquer pessoa menor de dezoito anos de idade, sem qualquer consideração situacional: para o exercício de tais direitos, basta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, inerente a qualquer criança ou adolescente (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA).

Assim, para efeito de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), adota-se um critério etário (idade) ou cronológico ou biológico (tempo de vida), sendo ele *puro* ou *absoluto*, porque não influenciado por qualquer outro fator. Por isso, para a incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), afigura-se irrelevante a maturidade da pessoa (aspecto psicológico) ou a eventual aquisição de capacidade civil por emancipação legal ou voluntária. Em caso de pessoa nascida no dia 29 de fevereiro de ano bissexto, deve ser considerado, nos anos comuns, o primeiro dia subsequente (1º de março) como data de seu aniversário, nos termos do disposto no art. 3º da Lei n. 810/49, que define o ano civil.

Ainda com base no critério etário, o art. 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece uma distinção interna entre as pessoas menores de 18 anos de idade, considerando: **criança**: a pessoa *menor* de doze anos de idade (“até doze anos de idade incompletos”, na dicção legal); **adolescente**: a pessoa com doze anos *completos*, mas ainda *menor* de 18 anos de idade (“entre doze e dezoito anos de idade”, na dicção legal). A aludida diferenciação assume especial importância em determinados aspectos do ECA: (i) colocação em família substituta (guarda, tutela ou adoção): depende de consentimento do adolescente (arts. 28, § 2º, e 45, § 2º, ambos do ECA), mas não da criança; (ii) responsabilidade por ato infracional: para o adolescente, incide um sistema de responsabilidade especial ou diferenciada, que o sujeita a medidas socioeducativas e de proteção (art. 112, *caput*, I a VII, do ECA) – para a criança, incide um sistema de absoluta irresponsabilidade, que possibilita a aplicação apenas de medidas de proteção (arts. 105 e 101, ambos do ECA); (iii) atendimento em caso de flagrante de ato infracional: o adolescente apreendido em flagrante de ato

⁴⁶⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 3º, parágrafo único: “Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a *todas* as crianças e adolescentes, *sem discriminação* de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem”.

infracional deve ser encaminhado à autoridade policial (art. 172, *caput*, do ECA), enquanto a criança seria encaminhada ao Conselho Tutelar (art. 136, I, do ECA).

O art. 2º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), admite a aplicação excepcional das suas disposições a pessoas que completaram dezoito, mas ainda não alcançaram vinte e um anos de idade (limite intransponível de incidência do ECA). Tal incidência, contudo, depende de expressa previsão legal: assim, no silêncio da lei, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) se limita a pessoas menores de dezoito anos de idade. Encontramos três casos dessa aplicação excepcional:

(i) art. 40 do ECA: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) disciplina a adoção de crianças e adolescentes, sendo aplicadas as mesmas regras, no que couber, para a adoção de maiores de 18 anos de idade (art. 1.619 do CC)⁴⁶⁶. Assim, a diferença seria a competência de juízo, pois a Vara da Infância e da Juventude seria competente para processar a adoção de crianças e adolescentes (art. 148, III, do ECA), enquanto a adoção de adultos seria processada na Vara de Família. O art. 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), contudo, possibilita a perpetuação da competência da Vara da Infância e da Juventude, mesmo quando o adotando contar com dezoito anos de idade à data do pedido, desde que ele já esteja sob a guarda ou tutela dos adotantes. Com isso, permite-se o aproveitamento do conhecimento da causa pelo juízo da Infância e da Juventude, que vinha acompanhando a situação do adotando desde o deferimento da guarda ou da tutela.

(ii) art. 121, § 5º, do ECA: ao determinar a liberação compulsória aos vinte e um anos de idade, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) possibilita a aplicação e a execução da medida socioeducativa de internação para pessoas com mais de dezoito anos de idade (decorrente de conduta praticada enquanto adolescente). Tal possibilidade alcança, ainda, a medida socioeducativa de semiliberdade, por força da norma de extensão contida no art. 120, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)⁴⁶⁷, bem como a medida

⁴⁶⁶ Código Civil, art. 1.619: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”.

⁴⁶⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 120: “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, independentemente de autorização judicial. [...] § 2º A medida não comporta prazo determinado *aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação*”.

socioeducativa de liberdade assistida, de acordo com o enunciado da Súmula n. 605 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁸.

(iii) art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 13.431/17 (sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência)⁴⁶⁹: permite a aplicação facultativa das suas disposições para as vítimas e testemunhas de violência entre dezoito e vinte e um anos de idade, tal como o procedimento de depoimento especial (arts. 8º a 12).

Importante consignar que, na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), o seu art. 1º considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. Como se percebe, a Convenção sobre os Direitos da Criança não distingue entre crianças e adolescentes, como o art. 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A normativa interna, ao estabelecer a diferenciação entre criança e adolescente, apresenta perfeita compatibilidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo art. 41 esclarece: “Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado”.

A dimensão pessoal (subjéctiva) *passiva* obriga todos (Estado, sociedade, comunidade e família) a respeitar e a assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e adolescentes (art. 227, *caput*, da CF⁴⁷⁰, e art. 4º, *caput*, do ECA⁴⁷¹). Trata-se do dever de cooperação⁴⁷² ou de solidariedade, que atribui a todos a obrigação de prevenir e coibir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do ECA).

⁴⁶⁸ Súmula n. 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, *inclusive na liberdade assistida*, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

⁴⁶⁹ Lei n. 13.431/17, art. 3º, parágrafo único: “A aplicação desta Lei é facultativa para as vítimas e testemunhas de violência entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”.

⁴⁷⁰ Constituição Federal, art. 227, *caput*: “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”.

⁴⁷¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 4º, *caput*: “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”.

⁴⁷² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

(ii) Dimensão material ou objetiva

A dimensão material ou objetiva compreende *todos* os interesses e necessidades da criança e do adolescente (a totalidade do ser humano, em seus aspectos físico, mental, moral, espiritual e social), tanto os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana como os específicos decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 227, *caput*, da CF, e art. 3º, *caput*, do ECA⁴⁷³). GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO diferencia os direitos de alcance *homogêneo* (de qualquer pessoa humana, mas reafirmados em relação às crianças e adolescentes) dos direitos de alcance *heterogêneo* (específicos das crianças e adolescentes)⁴⁷⁴.

A dimensão material (objetiva) da proteção integral apresenta dois aspectos: (i) aspecto *negativo*: imposição de proibições ou limitações (obrigações negativas ou dever de abstenção) para o Estado, sociedade e família, sendo-lhes vedada qualquer intervenção indevida nos direitos de liberdade (esfera de autonomia) da criança e do adolescente, bem como toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da CF); (ii) aspecto *positivo*: imposição de prestações (obrigações positivas ou dever de ação) pelo Estado, sociedade e família, que devem assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade (efetividade), os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura (direitos de igualdade) e à convivência familiar e comunitária (art. 227, *caput*, da CF). Tais prestações ainda se dividem em jurídicas (elaboração de normas jurídicas, como o ECA) e materiais (prover condições reais para a fruição dos direitos pela criança ou adolescente, tais como o fornecimento de medicamentos, vagas em creche ou pré-escola, ambiente familiar sadio).

Assim, na esteira dos direitos humanos, podemos afirmar a *indivisibilidade* dos direitos das crianças e adolescentes: todos os seus direitos possuem a mesma tutela jurídica, na medida em que são essenciais e contribuem para a proteção integral, interagindo para a satisfação das necessidades da criança e do adolescente (interdependência dos direitos). A respeito da indivisibilidade dos direitos humanos, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS esclarece que ela possui duas facetas: a primeira implica reconhecer que o direito apresenta uma unidade

⁴⁷³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 3º, *caput*: “A criança e o adolescente gozam de *todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

⁴⁷⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 145 e 245.

incindível em si; a segunda assegura a impossibilidade de proteger apenas alguns dos direitos. E o autor acrescenta que “o objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado também invista – tal qual investe na promoção dos direitos de primeira geração – nos direitos sociais, zelando pelo chamado *mínimo existencial*, ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo”⁴⁷⁵.

5.1. Regras fundamentais da proteção integral: prioridade absoluta e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente encontra alicerce em dois pilares ou regras fundamentais: a *prioridade absoluta*, que busca dar concretude e imprimir efetividade (posição de precedência na escala de realizações do mundo jurídico) aos direitos da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF, e art. 4º, parágrafo único, do ECA), e o *respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*, que propicia a justificação (legitimação) do tratamento especial ou diferenciado estabelecido para essa categoria de sujeitos de direitos (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA). Em suma, prioridade absoluta e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento constituem instrumentos de garantia da proteção integral da criança e do adolescente⁴⁷⁶.

(i) Princípio da prioridade absoluta

A prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, porque estabelecida diretamente em norma constitucional (art. 227, *caput*, da CF), pode ser considerada uma prioridade absoluta normativamente qualificada, em face daquela contemplada para a pessoa idosa (art. 3º da Lei n. 10.741/03⁴⁷⁷) e da prioridade assegurada para a pessoa com deficiência

⁴⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

⁴⁷⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-40.

⁴⁷⁷ Lei n. 10.741/03 (Estatuto da Pessoa Idosa), art. 3º: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, *com absoluta prioridade*, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...] § 2º Entre as pessoas idosas, é assegurada prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação às demais pessoas idosas”.

(art. 8º da Lei n. 13.146/15⁴⁷⁸), ambas com assento infraconstitucional. A garantia da prioridade absoluta significa que os direitos da criança e do adolescente:

antecedem quaisquer outros interesses do mundo adulto, de vez que a rapidez das transformações que lhe são próprias impõe a realização imediata de seus direitos. Os direitos da criança e do adolescente são essencialmente efêmeros. [...] Os direitos da criança e do adolescente devem ser validados com a presteza necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal e garantias da integridade. Depois é tarde, as necessidades foram embora, ficando apenas as consequências irreparáveis da invalidação dos direitos [...] ⁴⁷⁹.

Tais aspectos são reiterados no art. 100, parágrafo único, incisos I a IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)⁴⁸⁰, ao enunciar os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção: (i) condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; (ii) proteção integral e prioritária; (iii) responsabilidade primária e solidária do poder público; (iv) interesse superior da criança e do adolescente. O art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), especifica a abrangência da garantia prioridade absoluta, que compreende: (i) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias⁴⁸¹; (ii) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância

⁴⁷⁸ Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), art. 8º: “É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, *com prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico”.

⁴⁷⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39-40.

⁴⁸⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 100, 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; [...]”.

⁴⁸¹ DALMO DE ABREU DALLARI adverte que “essa regra deve ser interpretada com bom senso, para que a garantia de precedência referida nesse dispositivo não se converta na afirmação de um privilégio absurdo e injustificável. Pode servir como exemplo a situação em que uma criança seja levada a um pronto-socorro, para ser tratada de um pequeno ferimento, lá chegando ao mesmo tempo em que chega um adulto em estado muito grave. Se houver

pública⁴⁸²; (iii) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas⁴⁸³; (iv) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude⁴⁸⁴. As garantias contidas no art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), são meramente exemplificativas, pois não exaurem as situações (e formas) em que deve ser assegurada a prioridade absoluta estabelecida no art. 227, *caput*, da Constituição Federal⁴⁸⁵. O art. 3º da Lei n. 13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância) ainda esclarece que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância (primeiros seis anos completos de vida da criança), que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

(ii) Princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA) representa um dos pilares da Doutrina da Proteção Integral (ao lado da prioridade absoluta), pois considera a criança e o adolescente por aquilo que são (singularidade e completude relativa) em determinado momento da sua vida:

apenas um médico no local, ninguém há de pretender que a criança receba a assistência em primeiro lugar” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 73).

⁴⁸² Além dos serviços públicos, o art. 197 da Constituição Federal declara, como de relevância pública, as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. DALMO DE ABREU DALLARI esclarece que “a precedência estabelecida em favor da criança e do adolescente tem como fundamentos sua menor resistência em relação aos adultos e suas reduzidas possibilidades numa competição para o recebimento de serviços. Por força da lei o próprio prestador dos serviços deve assegurar aquela precedência, não permitindo que um adulto egoísta e mal-educado procure prevalecer-se de sua superioridade física” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 73).

⁴⁸³ O art. 87, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), insere as políticas sociais básicas entre as linhas de ação da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, sendo competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude (art. 24, XV, da CF), sem prejuízo da competência dos Municípios para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, da CF).

⁴⁸⁴ Tal exigência se manifesta desde a elaboração dos projetos de lei orçamentária.

⁴⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 72 e 74-75.

pondo-se como existente na atualidade com todos os seus atributos modificáveis, mas que não lhe retiram a essência. Ao invés, a consideração de seus caracteres mutáveis confirma sua própria natureza, a de criança ou adolescente.

O respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta, sob pena de conceber, aquilo que é, por aquilo que pode ser, ou seja, um adulto. A criança ou adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação⁴⁸⁶.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento representa o suporte ontológico da proteção integral, justificando a tutela jurídica diferenciada (especial) dessa categoria de sujeitos de direitos: a criança e o adolescente não devem mais ser considerados a partir de suas incapacidades (civil de fato ou de exercício) ou potencialidades (futuro adulto), mas concebidos como seres humanos plenos (e não “menores” ou incompletos), respeitado o seu grau de desenvolvimento – condição peculiar, que legitima o reconhecimento de direitos especiais, ao lado de todos os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana (art. 227, *caput*, da CF, e art. 3º, *caput*, do ECA⁴⁸⁷). ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA esclarece que:

a afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado. A consequência prática de tudo isto reside no reconhecimento de que as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais direitos especiais, que decorrem precisamente do seu estatuto ontológico próprio de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

⁴⁸⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 3º, *caput*: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

⁴⁸⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira, Munir Cury. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 96-97.

O respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento se manifesta, *v.g.*, no direito especial de brincar (art. 16, IV, do ECA)⁴⁸⁹, bem como na aplicação e execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 121, *caput*, do ECA), que sempre exigem a realização de atividades pedagógicas (art. 123, parágrafo único, do ECA). O art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) ainda esclarece que a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No Capítulo seguinte, analisaremos como o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA) consubstancia fator determinante para o estabelecimento da inimputabilidade penal (e não geral) de crianças e adolescentes (art. 228 da CF e art. 27 do CP) – impedimento (barreira) para a aplicação das penas cominadas aos adultos e estruturação de um modelo de responsabilidade especial ou diferenciada, mediante a cominação de sanções adequadas para adolescentes (medidas socioeducativas).

5.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser encontrado desde a Declaração de Genebra (“Direitos da Criança”), de 1924, aprovada pela Liga das Nações e proclamada como a “Carta da Liga sobre a Criança”, cujo preâmbulo reconhece que “a Humanidade deve à criança o *melhor* que tem a dar”, acrescentando o seu item III que “a criança deverá ser a *primeira* a receber socorro em tempos de dificuldades”. Contudo, sua formulação expressa surgiu na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, aprovada pelas Nações Unidas (Resolução n. 1.386/59): “Princípio 2 - A criança gozará proteção social e semelhante proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os *melhores interesses da criança*”. Posteriormente, sua consagração

⁴⁸⁹ Por força do reconhecimento da liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se (art. 16, IV, do ECA), a Lei n. 11.104/05 estabelece a obrigatoriedade de instalação de brinquedotecas nas unidades de saúde que ofereçam atendimento pediátrico em regime de internação (art. 1º) – considera-se brinquedoteca o espaço provido de brinquedos e jogos educativos, destinado a estimular as crianças e seus acompanhantes a brincar (art. 2º).

se operou no art. 3º, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), que assim o estabelece: “Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o *interesse maior da criança*”.

Apesar de a tradução oficial da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) empregar a expressão “interesse maior” (conceito quantitativo), a doutrina manifesta predileção por um conceito qualitativo, consubstanciado no *melhor interesse* e baseado na versão do texto original em inglês (*the best interests*)⁴⁹⁰. O art. 100, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao enunciar os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, assim define o 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”. Especificamente para a adoção, o art. 39, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece que, “em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA⁴⁹¹ noticia que o princípio do melhor interesse da criança tem como origem o instituto do *parens patriae*, empregado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa para a proteção de pessoas incapazes e de suas propriedades (responsabilidade posteriormente delegada ao Chanceler, a partir do século XIV). O instituto do *parens patriae*, portanto, representava a autoridade assumida pelo Estado para atuar como guardião de um sujeito com limitação jurídica (crianças, loucos e débeis), sem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses. As Cortes de Chancelaria inglesas, no início do século XVIII, passaram a distinguir as atribuições do *parens patriae* entre a proteção infantil e a proteção dos loucos – a criança era considerada uma “coisa pertencente ao seu pai” (*thing to be owned*), de forma que, independentemente das suas consequências, a custódia da criança era preferencialmente entregue ao pai (preferência que, posteriormente, passou a ser da mãe). No Direito Costumeiro Inglês, os casos “Rex v. Delaval” e “Blissets”, decididos pelo Juiz Lord

⁴⁹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46.

⁴⁹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42-44. Da mesma autora: O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. **A família na travessia do milênio** - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, OAB-MG, 2000. p. 215-218.

Mansfield, em 1763 (envolvendo medidas semelhantes ao nosso procedimento de busca e apreensão de menor), são identificados como os precedentes que consideraram o melhor interesse da criança e do adolescente – porém, somente em 1836 tal princípio se tornou efetivo na Inglaterra.

No direito estadunidense, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente igualmente se vincula ao instituto do *parens patriae* (atuação do Estado como guardião de pessoas consideradas legalmente incapazes): o poder, inicialmente conferido ao Rei, transfere-se agora para cada Estado da Federação (atribuição desempenhada por seus Tribunais):

As Cortes detêm o dever de supervisionar os guardiões e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiões, como “oficiais” da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta.

Desta forma, o guardião tem uma relação de subordinação para com a Corte, que, por sua vez, é a “guardiã suprema” e detém a jurisdição sobre a guarda. O guardião “é o delegado da *parens patriae* estadual”.⁴⁹²

Em 1813, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi inserido nos Estados Unidos da América, no julgamento do caso “Commonwealth v. Addicks”, da Corte da Pensilvânia, em que se disputava a guarda de uma criança em ação de divórcio com imputação de culpa, em face de a mulher ter cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava ao filho. A partir de então surgiu a *Tender Years Doctrine*, que estabelecia uma “presunção de preferência materna” (em face da pouca idade, a criança precisaria dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção, sendo ela a pessoa ideal para tanto), que somente não seria observada quando comprovado o despreparo da mãe.

A partir do século XX, a maioria dos Estados modificou tal orientação e assumiu a teoria denominada *tie breaker*, segundo a qual todos os fatores devem ser igualmente considerados, devendo prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança e do adolescente – cabe ainda destacar a importância da Décima Quarta Emenda, que estabeleceu, entre outros direitos, a igualdade entre o homem e a mulher, não mais se sustentando a *Tender*

⁴⁹² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43.

Years Doctrine, que estabelecia tratamento privilegiado para a mãe em detrimento do pai da criança ou adolescente. Ainda a respeito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, menciona-se o caso *Finlay v. Finlay*, decidido pelo Juiz CARDOZO, da Corte de Nova York (1925), em que ficou assentado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas, nem mesmo a tentativa de composição da diferença entre elas, pois “o bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90) promoveu uma significativa ampliação do alcance do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na esfera da normativa internacional: na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, a sua incidência era direcionada ao âmbito legislativo⁴⁹³; na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, estende-se a todas as “instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos”⁴⁹⁴. Trata-se de uma ampliação da dimensão pessoal (subjéctiva) *passiva* do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que passa a obrigar todas as autoridades, instituições privadas e inclusive os pais⁴⁹⁵.

Em igual sentido, o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu ser dever da *família*, da *sociedade* e do *Estado* (dever de cooperação⁴⁹⁶ ou de solidariedade passiva) 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. O art. 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), incorpora a mesma orientação, estabelecendo ser dever da *família*, da *comunidade*, da *sociedade em geral* e do

⁴⁹³ Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, aprovada pelas Nações Unidas (Resolução n. 1.386/59): “Princípio 2 - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. *Na instituição das leis* visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança”.

⁴⁹⁴ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90): “Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito *por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos*, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

⁴⁹⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. **Infancia, Ley y democracia en América Latina**. Coordenação: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004. p. 91.

⁴⁹⁶ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

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. A respeito da dimensão pessoal (subjativa) *passiva* do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO observa que:

do ponto de vista subjetivo, por sua vez, o princípio configura-se como uma prescrição dirigida ao Estado-legislador, que dele deve se valer em sua atividade legislativa, zelando para que a lei preveja, sempre, a melhor consequência para a criança, diante de duas ou três possibilidades que se apresentem. Também como uma prescrição que se dirige ao Estado-juiz, que em sua atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas deve dar-lhe uma aplicação consentânea com as necessidades reais das crianças. Por fim, é também uma prescrição dirigida ao Estado-administrador, que em sua atividade de concepção, implementação e execução de políticas públicas deve tender à efetiva aplicação do princípio, optando, entre duas possibilidades, por aquela que se mostrar mais consentânea com o princípio.⁴⁹⁷

O princípio do melhor interesse da criança pode ser encontrado em diversas outras normas da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), irradiando efeitos sobre variados aspectos da proteção integral das crianças (e adolescentes): (i) afastamento do convívio familiar com os pais (família natural) (art. 9º, n. 1); (ii) proibição de visitas dos pais (art. 9º, n. 3); (iii) dever de educação dos filhos (art. 18, n. 1); (iv) proteção e assistência especiais do Estado em caso de criança privada da convivência familiar (art. 20, n. 1); (v) colocação em família substituta sob a forma de adoção (art. 21); (vi) possibilidade de convivência do adolescente privado de liberdade com adultos (art. 37, c)⁴⁹⁸; (vii) consideração da idade ou situação do adolescente (e a de seus pais ou representantes legais) a que se atribua a prática de ato infracional (art. 40, n. 2, b)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**: tentativa de sistematização. *Studia Ivridica* 80 - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 143-144.

⁴⁹⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 37, alínea c: “toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos *melhores interesses da criança*, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais”.

⁴⁹⁹ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 2, alínea b: “que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das

Cabe salientar que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser interpretado e aplicado como uma *garantia* da satisfação integral de seus direitos no caso concreto e nunca como justificativa para arbitrariedades – aplicação dissimulada da ideologia ou de mecanismos do modelo tutelar (doutrina da situação irregular), com o pretexto de atender ao melhor interesse da criança ou adolescente (perspectiva subjetiva do julgador). MIGUEL CILLERO BRUÑOL leciona que:

quando as crianças eram consideradas meros objetos dependentes de seus pais ou da arbitrariedade da autoridade, o princípio foi importante para ressaltar a necessidade de reconhecer à criança sua qualidade de pessoa; agora que, ao menos no plano normativo, a criança foi reconhecida como um sujeito portador de direitos, o princípio deve ser um mecanismo eficaz para se opor contra a ameaça e violação dos direitos reconhecidos e promover sua proteção igualitária.⁵⁰⁰

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente significa a *plena satisfação de seus direitos*, atuando como um limite ao paternalismo ou ao autoritarismo estatal: o juiz (qualquer autoridade) não “constitui” soluções jurídicas a partir do nada (subjetivismo), mas em estrita sujeição, na forma e no conteúdo, aos direitos normativamente estabelecidos para a proteção de crianças e adolescentes⁵⁰¹.

5.3. Sistema de Garantia dos direitos da criança e do adolescente

Com o escopo de promover a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF, e art. 1º do ECA), foi estruturado o *Sistema de Garantia* dos direitos da criança e do adolescente, que se constitui na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos

seguintes garantias: [...] III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos *melhores interesses da criança*, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais; [...]”.

⁵⁰⁰ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Infancia, **Ley y democracia en América Latina**. Coordenação: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004. p. 85. Tradução livre.

⁵⁰¹ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Infancia, **Ley y democracia en América Latina**. Coordenação: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004. p. 86-87.

normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle (os três eixos estratégicos de ação) para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal (art. 1º, *caput*, da Resolução n. 113/06 do Conanda). A Resolução n. 113, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda (com as alterações da Resolução n. 117, de 11 de julho de 2006), dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A respeito da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, estabelecida no art. 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA identifica quatro *modalidades de atuação* (linhas de ação), de acordo com a abrangência das intervenções (patamares de uma pirâmide)⁵⁰²:

(i) *políticas sociais básicas* (art. 87, I, do ECA): abrangem prestações que são “direito de todos e dever do Estado”, tais como educação e saúde, dirigindo-se ao universo da população infanto-juvenil – nenhuma criança ou adolescente poderia ficar fora do atendimento das políticas sociais básicas (vocação de universalidade).

(ii) *política de assistência social* (art. 87, II, do ECA): destinada a pessoas e grupos que se encontram em estado momentâneo ou permanente de *necessidade* (art. 203, I e II, da CF), em razão de privação econômica ou de outros fatores de vulnerabilidade (políticas compensatórias, tais como um programa de complementação alimentar, de abrigo provisório ou um auxílio material ou financeiro imediato). Essas políticas não se dirigem ao conjunto da população infanto-juvenil, não são universais na sua destinação, mas se dirigem a um segmento da população, aquele que se encontra em estado de necessidade.

(iii) *política de proteção especial* (art. 87, III e IV, do ECA): destinada aos casos ou grupos de crianças ou adolescentes que se encontram em circunstâncias especialmente difíceis, em *situação de risco* pessoal e social (art. 98 do ECA), que se configura com a sua exposição a fatores que ameacem ou efetivamente transgridam a sua integridade física, psicológica ou moral, por ação ou omissão da família, de outros agentes sociais ou do próprio Estado (tais como as crianças e os adolescentes vítimas de abandono, tráfico de pessoas, abuso,

⁵⁰² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar**: a criança, o adolescente e a família na política social do município. Série Direitos da Criança, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 30-34. Do mesmo autor: A política das garantias no contexto da crise: a visão do Estado. **Do Averso ao Direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. Organização: Cecilia Simonetti, Margaret Blecher, Emilio García Méndez. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 88-90.

negligência, maus-tratos na família e nas instituições, trabalho abusivo e explorador, prostituição e em conflito com a lei – cometimento de ato infracional).

Assim, a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente poderia ser representada por uma pirâmide, em cuja base (patamar mais amplo) estariam as *políticas sociais básicas*, de abrangência universal (população infanto-juvenil); em um segundo patamar, mais estreito ou menos abrangente, estaria a *política de assistência social*, dirigida a um segmento da população infanto-juvenil, aquele que se encontra em estado de necessidade; em um terceiro patamar, ainda mais estreito ou menos abrangente, estaria a *política de proteção especial*, destinada a crianças ou adolescentes que se encontram em *situação de risco* pessoal e social (art. 98 do ECA), em circunstâncias especialmente difíceis.

(iv) *política de garantias* (art. 87, V, do ECA): no topo da pirâmide, posiciona-se a política de garantias, que tem como responsabilidade promover a defesa jurídico-social dos direitos individuais e coletivos da população infanto-juvenil, buscando diminuir, progressivamente, a distância entre a lei e a realidade, para que esses dois planos da vida social caminhem de maneira convergente e não divergente. Essa política abrange, na estrutura do Estado, a Vara da Infância e da Juventude, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a polícia judiciária; na sociedade civil, observamos as Comissões de Direitos Humanos da OAB, Centros de Defesa de Direitos e outros atores sociais garantistas; e, na fronteira entre a sociedade e o Estado, surgem os Conselhos de Direitos nacional, estaduais e municipais (art. 88, II, do ECA) e os Conselhos Tutelares (arts. 131 a 140 do ECA).

A respeito das instâncias públicas de garantia dos direitos humanos da criança e do adolescente, o art. 5º, *caput*, da Resolução n. 113/06 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, estabelece que os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil que integram esse Sistema deverão exercer suas funções, em rede, a partir de *três eixos estratégicos de ação*: defesa, promoção e controle da efetivação dos direitos humanos (incisos I a III) – acrescentando que os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil que integram o Sistema podem exercer funções em mais de um eixo (art. 5º, parágrafo único, da Resolução n. 113/06 do Conanda).

O eixo estratégico da *defesa* dos direitos humanos de crianças e adolescentes se caracteriza pela garantia do acesso à justiça, ou seja, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e da adolescência, para assegurar a impositividade deles e sua exigibilidade, em concreto (art. 6º

da Resolução n. 113/06 do Conanda). Nesse eixo, observa-se a atuação dos seguintes órgãos públicos (art. 7º da Resolução n. 113/06 do Conanda): judiciais, especialmente as Varas da Infância e da Juventude e suas equipes multiprofissionais, as Varas Criminais especializadas, os Tribunais do Júri, as comissões judiciais de adoção, os Tribunais de Justiça, as Corregedorias Gerais de Justiça; público-ministeriais, especialmente as Promotorias de Justiça, os centros de apoio operacional, as Procuradorias de Justiça, as Procuradorias Gerais de Justiça, as Corregedorias Gerais do Ministério Público; Defensorias Públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária; Advocacia Geral da União e as Procuradorias Gerais dos Estados; Polícia Civil Judiciária, inclusive a Polícia Técnica; Polícia Militar; Conselhos Tutelares; Ouvidorias; e entidades sociais de defesa de direitos humanos, incumbidas de prestar proteção jurídico-social (art. 87, V, do ECA).

O eixo estratégico da *promoção* dos direitos humanos de crianças e adolescentes se operacionaliza por meio do desenvolvimento da “política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, prevista no art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que integra o âmbito maior da política de promoção e proteção dos direitos humanos (art. 14, *caput*, da Resolução n. 113/06 do Conanda). Essa política especializada de promoção da efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes deve se desenvolver, estrategicamente, de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais) e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes (art. 14, § 1º, da Resolução n. 113/06 do Conanda).

De acordo com o art. 14, § 3º, da Resolução n. 113/06 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, o desenvolvimento dessa política implica: a satisfação das necessidades básicas de crianças e adolescentes pelas políticas públicas, como garantia de direitos humanos e ao mesmo tempo como um dever do Estado, da família e da sociedade; a participação da população, por meio de suas organizações representativas, na formulação e no controle das políticas públicas; a descentralização política e administrativa, cabendo a coordenação das políticas e edição das normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dessas políticas e dos respectivos programas às esferas estadual, distrital e municipal, bem como às entidades sociais; e o controle social e institucional (interno e externo) da sua implementação e operacionalização.

A política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes se operacionaliza por meio de três tipos de programas, serviços e ações públicas (art. 15 da

Resolução n. 113/06 do Conanda): (i) serviços e programas das políticas públicas, especialmente das políticas sociais, afetos aos fins da política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes; (ii) serviços e programas de execução de medidas de proteção de direitos humanos; e (iii) serviços e programas de execução de medidas socioeducativas e assemelhadas.

O eixo estratégico do *controle* das ações públicas de promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente deve ser feita por meio das instâncias públicas colegiadas próprias, onde se assegure a paridade de participação de órgãos governamentais e de entidades sociais (art. 21 da Resolução n. 113/06 do Conanda), tais como: conselhos dos direitos de crianças e adolescentes; conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas; e os órgãos e os poderes de controle interno e externo definidos nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal. O controle social deve ser exercido soberanamente pela sociedade civil, por meio das suas organizações e articulações representativas (art. 21, parágrafo único, da Resolução n. 113/06 do Conanda).

Considerando a perspectiva de JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) permite a identificação de um *sistema tríplice de prevenção*, estruturado a partir de três grandes sistemas de garantia, que operam com acionamento gradual ou sucessivo (cada qual busca evitar o acionamento do sistema seguinte): sistemas de prevenção primária (políticas públicas), de prevenção secundária (medidas de proteção) e de prevenção terciária (medidas socioeducativas)⁵⁰³. (i) O sistema primário de prevenção, que compreende as *políticas públicas de atendimento* dos direitos da criança e do adolescente (arts. 4º e 86 a 88, todos do ECA), apresenta caráter universal, abrangendo toda a população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções. (ii) O sistema secundário de prevenção, que compreende as medidas *de proteção* (art. 101 do ECA), abrange crianças e adolescentes em situação de risco (art. 98 do ECA) pessoal ou social, enquanto vitimizados. O principal agente operador desse sistema seria o Conselho Tutelar (art. 136, I, do ECA). (iii) O sistema terciário de prevenção, que compreende as medidas *socioeducativas* (art. 112 do ECA), abrange os adolescentes em conflito com a lei – que praticaram ato infracional (art. 103 do ECA), assumindo a condição de vitimizadores. O principal agente operador desse sistema seria o denominado Sistema de Justiça, integrado pela polícia judiciária, Ministério Público,

⁵⁰³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 90-91.

Defensoria Pública, Juiz da Infância e da Juventude e órgãos executores das medidas socioeducativas.

Capítulo IV

Natureza jurídica das medidas socioeducativas

1. Orientações a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas

Para a investigação da natureza jurídica das medidas socioeducativas, apresentaremos as principais orientações encontradas a respeito do tema, que podem ser divididas em quatro grupos fundamentais: (i) intervenção puramente pedagógica ou estritamente educativa, que nega qualquer carga de sanção nas medidas socioeducativas; (ii) reconhecimento de uma carga de sanção nas medidas socioeducativas, embora negando qualquer natureza penal especial ou diferenciada; (iii) proximidade com as medidas de segurança do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos; (iv) reconhecimento da natureza penal especial ou diferenciada das medidas socioeducativas.

(i) Intervenção puramente pedagógica ou estritamente educativa.

A primeira orientação nega qualquer carga de sanção nas medidas socioeducativas, argumentado que a intervenção estatal apresentaria natureza jurídica puramente pedagógica ou estritamente educativa. TÂNIA DA SILVA PEREIRA afirma que as medidas socioeducativas não são penas, pois “devem ser providências judiciais cujo objetivo principal é proteger o adolescente, promovendo seu desenvolvimento pleno e sadio”. E conclui: “mesmo a restrição parcial ou a privação da liberdade não possuem sentido punitivo, uma vez que estas medidas são tomadas para que o adolescente possa ser atendido, reeducado e reintegrado à sociedade”⁵⁰⁴. MÁRIO LUIZ RAMIDOFF e LUÍSA MUNHOZ BÜRCEL RAMIDOFF igualmente negam qualquer carga de sanção nas medidas socioeducativas:

torna-se necessário dizer o que não é uma medida socioeducativa. Por isso, considerando-se o caráter educativo-pedagógico, pode-se legitimamente afirmar que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, vale dizer, não possui caráter, essência ou mesmo conteúdo sancionatória, ainda que apenas declarativamente normativo [...].

⁵⁰⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 987-989.

Se for considerar a medida socioeducativa como punição (caráter sancionatório no sentido de que é repressão-punição) corresponderá necessariamente a uma retribuição proporcional da ação conflitante com a lei, então praticada pelo adolescente, vale dizer, do “*mal*” (medida que jamais será (re)educativa). [...].

A medida socioeducativa enquanto punição é a impossibilidade material da (re)socialização/(re)educação, enfim, do próprio cunho sócio-pedagógico, quando não, a possibilidade material da repressão-punição (caráter sancionatório), isto é, da punição do jovem, proporcionalmente ao “*mal*” praticado (penitencialização). Não é possível (res)socializar quem ainda se encontra no estágio existencial da constituição de sua própria subjetividade [...].⁵⁰⁵

Inicialmente, o fato de as medidas socioeducativas terem como finalidade preponderante a reeducação e a reintegração social, por imperativo da proteção integral (argumentos de Tânia da Silva Pereira), não gera incompatibilidade alguma com a tese da natureza jurídica de sanção penal especial ou diferenciada: a reeducação e a reintegração social correspondem ao objeto de uma das finalidades da pena no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente a prevenção especial positiva (socializadora) – em seus programas máximo (correcionalismo) e mínimo (oferta de condições para não reincidência). Inclusive, a opção legislativa pela indeterminação temporal relativa (*a priori*) das medidas socioeducativas privativas da liberdade (aplicação sem prazo determinado, com o limite superior de três anos - art. 121, §§ 2º e 3º, do ECA) indica clara inspiração nas premissas do correcionalismo.

Ademais, a função de puramente “proteger o adolescente, promovendo seu desenvolvimento pleno e sadio” (argumentos de Tânia da Silva Pereira) pertence às medidas de proteção (art. 101 do ECA), que têm por pressuposto mera “situação de risco” (art. 98 do ECA), e não às medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA), que têm como antecedente conduta definida como infração penal (ato infracional: arts. 103 e 112, *caput*, ambos do ECA)⁵⁰⁶ e como objetivos a desaprovação da conduta infracional, a

⁵⁰⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 114-122.

⁵⁰⁶ Para negar qualquer natureza de sanção, JOSIANE ROSE PETRY VERONESE e LUCIENE DE CÁSSIA POLICARPO OLIVEIRA mitigam a divisão entre medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA) e medidas de proteção (art. 101 do ECA), considerando que as medidas socioeducativas pertencem ao gênero “medidas de proteção”: “As medidas são chamadas ‘socioeducativas’, e não ‘punitivas’. O artigo 98, inciso III, prevê que as medidas de proteção são aplicáveis à criança e ao adolescente em razão de sua conduta. Dentre as medidas socioeducativas, o artigo 112 impõe medidas específicas de proteção em seu inciso VII, quando remete ao artigo 101, incisos I a VI. Se põe as medidas socioeducativas lado a lado com as medidas específicas de proteção, é porque entende que

responsabilização e a integração social do adolescente (art. 1º, § 2º, I a III, da Lei n. 12.594/12 - Sinase⁵⁰⁷).

Do mesmo modo, a cogitada “incompatibilidade” entre a proporcionalidade da medida socioeducativa (em face da ação conflitante com a lei) e a finalidade educativa da intervenção (argumentos de Mário Luiz Ramidoff e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff) demonstra a ideologia correcionalista subjacente ao pensamento: a medida socioeducativa seria um “bem” para o adolescente (possibilidade de desenvolvimento individual, ideia que igualmente inspira as teorias de expiação⁵⁰⁸) e, por conseguinte, não se sujeitaria a limites relacionados com a lesividade do ato infracional imputado. Essa orientação contraria o disposto no art. 35, inciso IV, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), que determina a observância da “proporcionalidade em relação à ofensa cometida” como princípio reitor da execução das medidas socioeducativas, sendo ainda inidônea para cumprir a missão de garantia que decorre da doutrina da proteção integral, pois, como esclarece GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA:

O criminoso não pode ter sua esfera de direitos invadida de forma desproporcional à lesividade do fato praticado, tampouco quando a medida fica ao arbítrio do que o Estado entende como suficiente ou necessário para sua conformação íntima.

Aliás, é exatamente na ideia de conformação íntima que por mais um motivo tal ideia não pode ser aceita, ou seja, em uma democracia, que exige a participação ativa e potencial pluralismo, a pretensão de conformar a esfera íntima do sujeito ao talante do que entende conveniente o Estado não pode ser imposta.⁵⁰⁹

são de um gênero comum, medidas de proteção. [...] No que diz respeito às medidas socioeducativas, estas mantêm o discurso das medidas de proteção, os artigos referentes às medidas socioeducativas não fazem mais que delinear tipos também específicos de medidas protetivas, destinadas somente aos adolescentes, sem no entanto os privar daquelas outras medidas de proteção: o artigo 98 diz que as medidas de proteção se aplicam ‘à criança e ao adolescente’; o artigo 112, inciso VII, reafirma esse posicionamento; o artigo 113 peremptoriamente declara que às medidas socioeducativas se aplicam os artigos 99 e 100, os mesmos que regulam as medidas específicas de proteção” (VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus punição**: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008. p. 114-115).

⁵⁰⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 1º, § 2º: “Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a *responsabilização do adolescente* quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a *integração social do adolescente* e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a *desaprovação da conduta infracional*, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.

⁵⁰⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 86.

⁵⁰⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 89.

Outrossim, não se pode admitir o argumento da impossibilidade de “(res)socializar quem ainda se encontra no estágio existencial da constituição de sua própria subjetividade” (argumentos de Mário Luiz Ramidoff e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff). Com efeito, não se busca ressocializar, mas socializar o adolescente que se encontra em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º do ECA): tal como sucede em caso de crimes econômicos ou de criminosos ocasionais, a ideia de socialização “não se confunde com a mera inserção do indivíduo em um contexto ou meio social, porquanto o indivíduo efetivamente socializado possui sentimentos de alteridade, de probidade, e interesse de agir em prol da comunidade em que vive”⁵¹⁰. Assim, no sentido de disponibilização dos meios para prevenir a reincidência (oferta de condições para não reincidência), pode-se cogitar de contribuir para a socialização do adolescente, observados os parâmetros estabelecidos no art. 40, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵¹¹, segundo o qual o adolescente infrator tem o direito de ser tratado de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade – o art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵¹², ainda estabelece como objetivo das medidas socioeducativas a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento.

Em nossa perspectiva, o apregoado descolamento das garantias penais e processuais penais gera o perigoso isolamento (assepsia) do direito da criança e do adolescente, propiciador de um *neomenorismo* que busca a perpetuação do modelo tutelar sob a roupagem

⁵¹⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 194.

⁵¹¹ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 1: “Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade”.

⁵¹² Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 1º, § 2º: “Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.

de uma “nova” disciplina jurídica – resgate da racionalidade contida nos Códigos de Menores, com a sua “bondade protetiva” que oculta a punição imposta sem as “amarras” (as indesejadas garantias) dos direitos penal e processual penal. A ideologia do neomenorismo emerge claramente da concepção de MÁRIO LUIZ RAMIDOFF e LUÍSA MUNHOZ BÜRCEL RAMIDOFF, a respeito do conceito de ato infracional (antecedente da intervenção socioeducativa):

O leitor atento poderá observar que o art. 103, da Lei 8.069/1990 (*in verbis*: “art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”), por economia legislativa, tão somente equiparou o substrato fático do ato infracional ao que é considerado relevante e, por isto, também serve para a especificação do tipo penal, isto é, a conduta legalmente expressa na lei (ação ou omissão), e, não, diversamente, aos demais critérios que são utilizados para valoração negativa (antijuridicidade e culpabilidade), e, constitutiva que (re)significa a conduta como delituosa, vale dizer, como crime para, assim, atribuir responsabilização penal. [...].

A prática de ato infracional não se constitui numa conduta delituosa, precisamente por inexistir nas ações/omissões infracionais um dos elementos constitutivos e estruturantes do fato punível, isto é, a culpabilidade – a qual, por sua vez, não se encontra regularmente composta, precisamente por lhe faltar a imputabilidade, isto é, um elemento seu constitutivo e que representa a capacidade psíquica para regular a válida prática da conduta dita delituosa [...].

A prática de um ato tido como infracional, na sua grande maioria, é decorrente de uma ação inconsciente. Destarte, pode-se mesmo afirmar que uma parcela mínima de jovens tinha consciência do que realmente decidiam quando desencadeavam a sua atuação conflitante com a lei.

A permanência e a repetição de ações conflitantes com a lei também podem ser assim consideradas como uma vocação inconsciente pela qual os jovens que nesta situação se encontram, ainda não despertaram. Contudo, este estado de coisas pode muito bem ser alterado a partir de abordagens múltiplas e capacitadas para a (re)organização educacional e formativa do caráter e da personalidade que ainda se encontram em desenvolvimento, e, não, diversamente, pela pura e simples repressão ou mesmo pelo acúmulo de informações desconstruídas que sequer auxiliam o movimento para fora deste sistema cooptativo e desestruturante. [...].

Assim, o ato infracional enquanto instituto jurídico previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Código Deontológico Protetivo) desenvolve uma atividade instrumental e auxiliar à identificação das eventuais situações de risco pessoal e social em que possa se encontrar um adolescente. Isso quer dizer que todo aquele adolescente que se encontra envolvido num evento tido como infracional, na verdade,

já se encontra vitimizado pelas condições anteriores – risco pessoal – que o levaram a praticar uma conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei – risco social.⁵¹³

De acordo com os autores, bastaria a tipicidade legal da conduta para o aperfeiçoamento do ato infracional (e, por conseguinte, para a aplicação de medidas socioeducativas), independentemente dos filtros da ilicitude, da culpabilidade especial do adolescente e da punibilidade: a partir da interpretação literal do disposto no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), alarga-se a intervenção socioeducativa (poder de punir, ainda que latente⁵¹⁴) para condutas que não seriam objeto de intervenção penal se praticadas por um adulto – violação da regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁵¹⁵, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵¹⁶.

Trata-se do retorno da categoria menorista do “desvio de conduta”, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária (art. 2º, V, da Lei n. 6.697/79⁵¹⁷), que permitia a imposição de internação (art. 14, VI, da Lei n. 6.697/79⁵¹⁸) para condutas não definidas como infração penal, a teor do disposto no art. 41, *caput*, do Código de Menores (Lei n. 6.697/79)⁵¹⁹. Interpreta-se o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) de acordo

⁵¹³ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 88-102.

⁵¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 30-31.

⁵¹⁵ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que *qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem*”.

⁵¹⁶ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; [...]”.

⁵¹⁷ Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), art. 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: [...] V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; [...]”.

⁵¹⁸ Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), art. 14: “São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: [...] VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado”.

⁵¹⁹ Código de Menores (Lei n. 6.697/79), art. 41, *caput*: “O menor *com desvio de conduta* ou autor de infração penal *poderá ser internado em estabelecimento adequado*, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público”.

com as concepções menoristas da doutrina da situação irregular (etapa tutelar), possibilitando a imposição de medidas socioeducativas para condutas dotadas de licitude ou despidas de reprovabilidade social (culpabilidade especial do adolescente).

Ademais, a manifestação dos autores, no sentido de que a repetição de atos infracionais pode ser considerada como uma “vocação inconsciente”, que pode ser modificada por abordagens capacitadas para a organização “formativa do caráter e da personalidade”, remete ao positivismo criminológico, escola penal que tem como premissa o determinismo (comportamento humano determinado por fatores biopsicossociais), concebendo a conduta “como fenômeno natural ou ‘necessário’, fora do alcance da vontade do agente”⁵²⁰ – a conduta seria apenas o sintoma que revela a personalidade perigosa (o objetivo da intervenção estatal seria a transformação dessa personalidade)⁵²¹.

Por derradeiro, MÁRIO LUIZ RAMIDOFF e LUÍSA MUNHOZ BÜRGE RAMIDOFF afirmam que o ato infracional seria meio para a identificação das situações de risco pessoal e social: para os autores, todo adolescente envolvido em ato infracional se encontra vitimizado pelas condições anteriores – risco pessoal – que o levaram a praticar uma conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei – risco social. Essa perspectiva, de o ato infracional (sintoma) indicar situações de risco pessoal (vitimização pelas condições anteriores) e social (periculosidade), ainda remete ao positivismo correcionalista de PEDRO DORADO MONTERO:

Reconhece-se, pouco a pouco, que os jovens que cometem delitos o fazem, em vez de por culpas próprias, obedecendo a causas que não lhes são imputáveis. Eles são vistos em situação de desamparo não poucas vezes, vítimas, e não autores, de seus próprios delitos. [...]. E, assim, sem repugnância alguma, prescinde-se do castigo em relação a eles, submetendo-os a uma tutela protetora. [...].

... o princípio de que a juventude delinquente *já* deve ser castigada, mas sempre protegida, quer haja mediado culpa por parte dela, quer não ... por conseguinte, para tal classe de pessoas, *as penas não têm sentido e são absolutamente dispensadas*. [...]. seu objeto não é tratar diversamente os indivíduos, por serem alguns culpáveis e outros não, e em atenção ao grau de sua culpa, mas os tratar diversamente, segundo o requeira a necessidade de cada um, determinada por sua situação de desamparo, desfalecimento ou debilidade moral, e independentemente de toda ideia de culpabilidade e merecimento. O que interessa, pois, sobretudo, é pôr em claro as

⁵²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 137.

⁵²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 311.

causas do perigo e do abandono, aquelas causas que, agindo sobre uma vontade em sentido danoso, debilitando-a, perturbando-a ou viciando-a, devem ser combatidas e, se possível, aniquiladas, em benefício de todos e, principalmente, do jovem mesmo a quem escolheram por vítima.⁵²²

Assim, partindo de uma função correcionalista, busca-se justificar o emprego de “meios educativos e transformadores da vontade, sejam quais forem, pois podem ser muitos e bastante variados, assim como os remédios terapêuticos, higiênicos e farmacológicos”⁵²³. Trata-se da mesma racionalidade apregoada pela doutrina da situação irregular (fase tutelar), mas agora sob a roupagem de um “direito” (doutrina da proteção integral) a ser educado – aquilo que MÁRIO LUIZ RAMIDOFF e LUÍSA MUNHOZ BÜRCEL RAMIDOFF designam por “abordagens múltiplas e capacitadas para a (re)organização educacional e formativa do caráter e da personalidade que ainda se encontram em desenvolvimento”.

Como se observa, por meio do isolamento do direito da criança e do adolescente, o discurso do *neomenorismo* se apropria da premissa da doutrina da proteção integral (reconhecimento da criança e do adolescente como *sujeitos de direitos*) para submeter o adolescente a uma intervenção pedagógica ou educativa (sem as “odiosas” garantias penais e processuais penais), convertendo a aplicação das medidas socioeducativas em um “direito” do adolescente – a ideia de um “direito à pena”, concebida como um *tratamento* (“bem”), encontra o seu pleno desenvolvimento em PEDRO DORADO MONTERO:

denominando “pena” ao meio ou conjunto de meios que devem perseguir semelhantes fins de reabilitação, resgate ou regeneração dos réus, está claro que estes podem alegar, em suas relações com os homens que se dizem honrados e com o principal órgão da vida honrada (jurídica), que é o Estado oficial, um verdadeiro *direito à pena*. Acontece que o nome desta vai unido, de maneira pouco menos que indissolúvel, ao conteúdo tradicional da mesma, que é ser um mal ou padecimento, e parece, naturalmente, um contrassenso dizer que haja alguém com direito a que lhe façam padecer. Trata-se, por conseguinte, de um mero equívoco que conviria dissipar, talvez substituindo por outra (v.g., a de *tratamento*) a voz pena.⁵²⁴

⁵²² MONTERO, Pedro Dorado. *El derecho protector de los criminales*, vol. I. Pamplona: Analecta, 1999. p. 222-224.

⁵²³ MONTERO, Pedro Dorado. *El derecho protector de los criminales*, vol. I. Pamplona: Analecta, 1999. p. 224.

⁵²⁴ MONTERO, Pedro Dorado. *El derecho protector de los criminales*, vol. I. Pamplona: Analecta, 1999. p. 192-193.

(ii) Reconhecimento de uma carga de sanção nas medidas socioeducativas, embora negando qualquer natureza penal (especial ou diferenciada).

A segunda orientação reconhece uma carga de sanção nas medidas socioeducativas, embora negando qualquer natureza penal especial ou diferenciada (negação de um direito penal juvenil para afirmação da independência do direito da criança e do adolescente). MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO⁵²⁵ entende que as medidas socioeducativas, embora pertençam ao gênero “sanção estatal” (com certa carga retributiva), pois reservadas a adolescentes que tenham comprovadamente praticado ato infracional (arts. 114, *caput*⁵²⁶, e 189, *caput*⁵²⁷, ambos do ECA)⁵²⁸, não possuem natureza penal. Por isso, em suas palavras, seria absolutamente desnecessário trazer para o Direito da Criança e do Adolescente a concepção “alienígena” do Direito Penal e do Direito Processual Penal, cujas garantias teriam sido suficientemente contempladas no Estatuto da Criança e do Adolescente:

A erradicação, em definitivo, das práticas “menoristas” que ainda permeiam a matéria, somente ocorrerá com o fortalecimento dos institutos de Direito da Criança e do Adolescente, que precisa alcançar o status de um ramo independente do Direito, que possui regras e, acima de tudo, princípios próprios, que como dito e repetido são de natureza extrapenal, demandando uma nova forma de ver, compreender e, acima de tudo, atender o adolescente em conflito com a lei, que tanto quanto os demais (e

⁵²⁵ DIGIÁCOMO, Murillo José. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional** – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 220, 224-226.

⁵²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 114, *caput*: “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”.

⁵²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 189, *caput*: “A autoridade judiciária *não* aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença: I - estar provada a *inexistência do fato*; II - *não* haver prova da existência do fato; III - *não* constituir o fato ato infracional; IV - *não* existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional”.

⁵²⁸ Em passagem anterior, observa-se contradição com a afirmação posterior de as medidas socioeducativas pertencerem ao gênero sanção estatal (com carga retributiva): “seu objetivo finalístico não é (tal qual ocorre com o processo penal instaurado em relação a imputáveis) a aplicação de uma ‘pena’ ou mesmo de qualquer sanção ao adolescente, mas sim, consoante já mencionado, a descoberta das causas da conduta infracional e o posterior acompanhamento, orientação e eventual tratamento do adolescente, de acordo com suas necessidades pedagógicas específicas, de modo a proporcionar a proteção integral que lhe é prometida pela Lei e pela Constituição Federal” (DIGIÁCOMO, Murillo José. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional** – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 212).

talvez exigindo uma atenção e um cuidado ainda maiores), tem direito à proteção integral por parte do Estado (inclusive do Estado-Juiz) [...].⁵²⁹

A respeito da carga de sanção presente nas medidas socioeducativas, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA identifica, em seu aspecto ontológico (material), a privação de um bem (direito) objetivamente considerado (primeiro dos elementos do conceito de pena, analisado no Capítulo I), reconhecendo “que a sanção, ínsita à prestação jurisdicional socioeducativa de procedência do pedido, importa evidente reprovação à conduta realizada”:

Subentende-se que o adolescente tem o direito de resistir à aplicação da medida socioeducativa, de vez que em todas elas está presente a ideia de reprovação da conduta ilícita e que materialmente representam, no mínimo constrangimento e no máximo privação de liberdade. Ninguém que não tenha errado pode ser advertido, do mesmo modo que nenhum internato, por melhor que seja o estabelecimento e seu corpo de funcionários, pode ser considerado objeto de interesse pessoal do adolescente. [...].

A maior ou menor gravidade é representada pelo conteúdo aflitivo de cada uma delas, ou seja, pelo nível de constrangimento que lhes é ínsito ou pela importância do direito coartado pela sentença.⁵³⁰

Em escrito posterior, o mesmo autor sustenta que o sistema de responsabilização do Estatuto da Criança e do Adolescente (diploma legal especial) integra ramo autônomo do Direito, que incorpora garantias penais e processuais penais (contraditório) ao lado de “elementos outros, de cuja simbiose nasceu o novo”⁵³¹. Acrescenta que a classificação das medidas jurídicas (consequências decorrentes do descumprimento da norma jurídica) não mais se esgota nas penas, nas sanções e nos interditos, abrangendo agora duas outras categorias: as medidas de proteção e as medidas socioeducativas (arts. 101 e 112, *caput*, I a VI, ambos do

⁵²⁹ DIGIÁCOMO, Murillo José. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional** – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 224.

⁵³⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-114 e 116.

⁵³¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 37 e 39.

ECA)⁵³². Contudo, reconhece a exigência dos filtros penais da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade especial do adolescente (que naturalmente dispensa a maioridade) para a aplicação das medidas socioeducativas:

A harmonização dos dois sistemas somente é possível quando a imputabilidade for tomada no sentido restrito anteriormente emprestado, qual seja, exclusão das consequências jurídicas de natureza penal. Se levada à amplitude da reprovabilidade subjetiva da conduta é de se considerar o adolescente imputável nos termos da legislação especial, porquanto, a título de exemplificação, pode cometer ato infracional acobertado pela inexigibilidade de conduta diversa. Também o ato infracional, na menoridade, pode derivar de doença mental ou perturbação da saúde mental com reflexos no mundo da vontade e da inteligência, de modo que a decisão de imposição de medida reclama o pressuposto da existência de uma conduta equiparada à punível, sem o requisito da maioridade.

O ato do adolescente que pode ser qualificado de infracional e assim determinar a incidência de medidas jurídicas é somente aquele que, no mundo adulto, corresponde a uma ação típica, antijurídica e culpável, compreendendo-se esse elemento como o conjunto de condições do sujeito, desprezada a idade, que determinam a reprovabilidade da conduta.⁵³³

Em nossa perspectiva, o Direito da Criança e do Adolescente não pode prescindir da suplementação das garantias penais e processuais penais, em face da manifesta insuficiência da disciplina legal contida no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase (Lei n. 12.594/12): *v.g.*, o

⁵³² “Medidas jurídicas são instrumentos de garantia da força subordinante do interesse juridicamente protegido em relação ao interesse juridicamente subordinado, interesses presentes em toda e qualquer regra jurídica. [...]. A falta de reflexão mais profunda quanto ao tema medidas jurídicas no atual sistema impôs em alguns o pensamento de que as consequências jurídicas decorrentes da prática de crime ou contravenção penal por menores de 18 anos de idade pudessem se encaixar singelamente nas categorias penas, sanções ou interditos, desprezando notáveis e manifestas especificidades do Direito da Criança e do Adolescente. [...]. Se a classificação das medidas jurídicas, em um passado distante, encontrou nas penas, nas sanções e nos interditos o esgotar de suas ordens, foi porque o desenvolvimento do Direito, na ocasião, não vislumbrava outras medidas diferentes, surgidas com a atualização do pensamento. Defendo que outras duas ordens de medidas se enfileiram no rol das consequências jurídicas derivadas do descumprimento de preceitos: as medidas de proteção e as medidas socioeducativas. As primeiras destinadas às crianças, menores de doze anos de idade, e as segundas aos adolescentes, pessoas entre doze e dezoito anos. Assim, as medidas jurídicas, entre outras que não se constituem objeto deste trabalho, podem ser classificadas em penas, sanções, interditos, medidas de proteção e medidas socioeducativas” (PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 32-33).

⁵³³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 42-43.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) dedicou apenas um dispositivo legal para tratar do antecedente (pressuposto) da aplicação das medidas socioeducativas, limitando-se a definir a categoria do ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103). A tese da absoluta autonomia do Direito da Criança e do Adolescente (rejeição ou descolamento das garantias penais e processuais penais) ainda fomenta algumas distorções e incoerências, tais como a negação da incidência da prescrição para as medidas socioeducativas, a admissibilidade da execução provisória (imediate) da medida socioeducativa aplicada em sentença sancionatória (antes de operado o seu trânsito em julgado), tudo a pretexto da singela “ausência de previsão legal” nos diplomas especiais.

As aludidas distorções e incoerências da tese da absoluta autonomia do Direito da Criança e do Adolescente podem ser claramente observadas nos autores mencionados: MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO se posiciona contra a incidência da prescrição penal para as medidas socioeducativas⁵³⁴ (aspecto que abordaremos, com maior profundidade, em item posterior); PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, embora reconhecendo a exigência do filtro da culpabilidade especial do adolescente para a aplicação das medidas socioeducativas, recusa a incidência do erro de proibição inevitável, contemplado no art. 21, segunda parte, do Código Penal:

A compreensão da ilicitude não se comporta, no Direito da Criança e do Adolescente, como no Direito Penal. Se neste a incompreensão torna o agente isento de pena, aqui, no Direito da Criança e do Adolescente, se constitui em elemento para identificação da medida adequada, observada sua possibilidade de incidência à luz do regramento mínimo previsto na legislação especial.⁵³⁵

⁵³⁴ “[...] em momento algum, a Lei n. 8.069/1990 dispõe sobre a ‘prescrição’. A matéria, no entanto, foi objeto da Súmula n. 338, do Superior Tribunal de Justiça: ‘A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas’. Em que pese o disposto na referida Súmula, a pura e simples aplicação da prescrição penal aos procedimentos para apuração de ato infracional praticados por adolescente não é adequada e nem se constitui na melhor solução, em razão da natureza jurídica diversa das medidas socioeducativas em relação às penas, que torna também inadequada a correlação entre a quantidade (ou qualidade) de pena prevista pela Lei Penal e a medida socioeducativa a ser aplicada. Na verdade, a simples demora na resposta socioeducativa faz desaparecer o caráter pedagógico da medida, acarretando a ‘perda da pretensão socioeducativa’ e autorizando a subsequente extinção e arquivamento do procedimento. Tal solução, porém, deve ser analisada caso a caso, consideradas as normas e princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente, sem que para tanto tenha de ser invocada a Lei Penal, salvo para aplicação do princípio elementar segundo o qual o adolescente não pode receber um tratamento mais rigoroso do que receberia se imputável fosse” (DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: anotado e interpretado. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020. p. 253).

⁵³⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 42.

(iii) Proximidade com as medidas de segurança do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos.

A terceira orientação vislumbra proximidade das medidas socioeducativas com as medidas de segurança disciplinadas no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (arts. 96 a 99, todos do CP), especialmente em suas regras de aplicação: as medidas de segurança são impostas por tempo indeterminado, com reavaliação periódica da cessação de periculosidade – a primeira avaliação (perícia médica) no prazo mínimo de um a três anos, devendo ser repetida de ano em ano ou a qualquer tempo, se o determinar o juízo da execução (art. 97, §§ 1º e 2º, do CP). EDUARDO DIAS DE SOUZA FERREIRA sustenta que:

A “medida socioeducativa”, genericamente colocada, lembra a “medida de segurança”, prevista em nosso sistema penal adulto, em especial sobre a questão da culpabilidade para o adolescente, menor para a legislação penal (CP, art. 27). No caso da medida de internação, a sua reavaliação, no máximo, a cada seis meses (ECA, art. 121, § 2º), guarda semelhança com a “perícia médica” para averiguação da “cessação de periculosidade” (CP, art. 97, §§ 1º e 2º). O período de cumprimento da medida já foi suficiente para socioeducar o jovem, fazendo cessar sua “periculosidade”. [...].

A proximidade entre medida socioeducativa e medida de segurança é de tal ordem que a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 7º,⁵³⁶ regulamentava a continuidade da internação determinada por juiz de menores, com base no Código de Menores de 1927, estabelecendo que sua revogação devesse observar o disposto no Código Penal, sobre a revogação de medida de segurança.⁵³⁷

Em nossa perspectiva, as medidas socioeducativas não podem ter a mesma natureza jurídica das medidas de segurança do modelo de responsabilidade penal comum do adulto, por força da diversidade de pressupostos e finalidades. Tal como as penas, as medidas socioeducativas pressupõem a *culpabilidade especial* do adolescente (que naturalmente dispensa a maioridade); diversamente, as medidas de segurança pressupõem a *periculosidade* do sujeito ativo do injusto penal (conduta dotada de tipicidade e ilicitude) – presumida pela lei

⁵³⁶ Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.914/41), art. 7º: “No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de escola de reforma. § 1º A internação durará, no mínimo, três anos. § 2º *Se o menor completar vinte e um anos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal.* § 3º Aplicar-se-á, quanto à revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança”.

⁵³⁷ FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente:** aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2010. p. 140 e 142.

(art. 97, *caput*, do CP) ou aferida pelo juiz (art. 98 do CP). As medidas socioeducativas têm a finalidade preponderante de prevenção especial *positiva* (integração social do adolescente: art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase), enquanto nas medidas de segurança prepondera a finalidade de prevenção especial *negativa* (inocuidade) – o denominador comum entre as medidas socioeducativas e as medidas de segurança seria apenas a indeterminação temporal da aplicação de cada qual, aspecto naturalmente associado a uma teoria preventivo-especial⁵³⁸ (positiva ou negativa).

Ademais, a assimilação dos menores de dezoito anos de idade aos doentes mentais implica afirmar a incapacidade de culpabilidade dos adolescentes, premissa que não se coaduna com a exigência legal de capacidade para o cumprimento das medidas socioeducativas (art. 112, § 1º, do ECA), tampouco com a aquisição progressiva de capacidade reconhecida pela Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90):

Artigo 5º. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes *com a evolução de sua capacidade* no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Artigo 14. [...] 2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde *com a evolução de sua capacidade*.

De acordo com o disposto no art. 40, n. 3, alínea *a*, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵³⁹, combinado com os arts. 105 e 112, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), apenas a criança (pessoa menor de doze anos de idade) não tem capacidade para infringir as leis penais.

A premissa da incapacidade dos “menores”, empregada pela doutrina da situação irregular para justificar o controle estatal (tutela) dos menores abandonados e delinquentes, não se coaduna com a incorporação da doutrina da proteção integral, que funda a necessidade de tratamento diferenciado (inimputabilidade penal) no reconhecimento da condição peculiar da

⁵³⁸ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **La pena como institución jurídica**: retribución y prevención general. Buenos Aires: BdeF, 2020. p. 151.

⁵³⁹ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 3: “Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança *não tem capacidade* para infringir as leis penais; [...]”.

criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA), com aquisição progressiva de capacidade – sujeitos de direitos (titularidade) e não mais sujeitos à tutela (subordinação).

(iv) Reconhecimento da natureza penal especial ou diferenciada das medidas socioeducativas.

A quarta orientação reconhece a natureza penal especial ou diferenciada das medidas socioeducativas, considerando o aspecto ontológico da imposição das medidas socioeducativas (mesma carga de sanção das penas do modelo de responsabilidade penal comum dos adultos) e o seu antecedente (resposta estatal a uma conduta dotada de tipicidade, ilicitude e culpabilidade especial do adolescente). ANTONIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA, um dos primeiros a sustentar a sua natureza penal especial ou diferenciada, situa as medidas socioeducativas como espécie do gênero das penas:

A resposta, tenha o nome que tiver, seja medida protetiva, socioeducativa, corresponderá sempre à responsabilização pelo ato delituoso. Tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, consequência da responsabilização, terão sempre inculcável caráter penal. Essa característica (penal especial) é indelével e, em antigas ou novas legislações, não pode ser disfarçada. O grande avanço será admitir explicitamente a existência da responsabilidade penal juvenil, como categoria jurídica, enfatizando o aspecto pedagógico da resposta como prioritário e dominante. [...]. Se a simples advertência, materializada por meio da repreensão, da ameaça de sanções mais graves, não tiver caráter penal, não corresponder a uma punição, a que corresponderá? Prestação de serviços à comunidade é pena restritiva de direitos na maioria das legislações penais de adultos. Liberdade assistida não passa do *probation* da legislação penal comum. A internação, eufemismo, corresponde à privação da liberdade. É cediço que a expressão pena pertence ao gênero das respostas sancionatórias e que as penas se dividem em disciplinares, administrativas, tributárias, civis, inclusive socioeducativas. São classificadas como criminais quando correspondem a delito praticado por pessoa de 18 anos ou mais, imputável frente ao Direito Penal Comum. Embora de caráter predominantemente pedagógico, as medidas socioeducativas, pertencendo ao gênero das penas, não passam de sanções impostas aos jovens. A política criminal aparta-os da sanção penal comum, mas os submete ao regime do Estatuto próprio. [...]. Os princípios garantistas do Direito Penal Comum e do Direito Penal Juvenil (Especial), devem ser invocados, comparando o intérprete as respectivas categorias jurídicas,

para que por idêntico fato, não seja o jovem punido com maior rigor do que seria o adulto.⁵⁴⁰

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA igualmente considera as medidas socioeducativas como integrantes do gênero sanção penal:

sanção penal é gênero, enquanto pena é espécie. [...] Pena é, pois, a sanção criminal por excelência, mas forma, no Direito Penal comum, uma dicotomia com a medida de segurança. Dentro desse contexto, pode-se afirmar que a medida socioeducativa é uma sanção de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta (prática do ato infracional) ao preceito da norma (Direito Penal Juvenil). [...] Assim, o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida socioeducativa é pedagógica. Mas a referência das medidas é sempre a da pena.⁵⁴¹

Apresentadas as principais orientações a respeito do tema, aprofundaremos a tese da medida socioeducativa como pena especial (diferenciada) para adolescentes (imputabilidade socioeducativa).

2. As medidas socioeducativas como pena especial para adolescentes

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO leciona que o estudo da natureza jurídica interroga sobre o significado último dos institutos jurídicos, dentro dos quadros da dogmática jurídica, buscando-se-a mediante a comparação com institutos jurídicos conhecidos. Assim, a determinação da natureza jurídica passa a ser a identificação de uma grande categoria jurídica em que se enquadre o instituto em análise, sendo tarefa da ciência do direito. E o mesmo autor salienta a importância da determinação dos efeitos de um instituto para a identificação da sua natureza jurídica:

⁵⁴⁰ SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 57-58.

⁵⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 190-192.

Mais do que por meio de uma análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um instituto deverá fazer-se mediante a determinação dos seus efeitos. A categoria jurídica a que se chegar deverá exprimir sinteticamente um regime positivamente estabelecido.⁵⁴²

Portanto, para a determinação da natureza jurídica das medidas socioeducativas, partiremos da apreciação de três aspectos estruturais, a saber: o *antecedente*, o *pressuposto* e os *efeitos* da aplicação da medida socioeducativa.

Em relação ao seu **antecedente**, o art. 112, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), subordina a aplicação das medidas socioeducativas (consequente) ao cometimento de ato infracional (antecedente)⁵⁴³, assim considerada a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA⁵⁴⁴). O modelo de responsabilidade especial ou diferenciada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) adota um mecanismo de tipicidade *remetida* ou *delegada* (ao direito penal comum dos adultos), que incorpora o princípio da legalidade estrita (reserva legal e anterioridade)⁵⁴⁵. O art. 40, n. 2, alínea *a*, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), assegura “que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que *não eram proibidos* pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos”.

O art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao remeter a uma “conduta descrita como crime ou contravenção penal”, exige não apenas as tipicidades objetiva, subjetiva (dolosa ou culposa), material (insignificância, adequação social e ofensividade) e conglobante (primeiro estrato do conceito analítico de crime), mas a presença de um injusto penal (conduta dotada de tipicidade e ilicitude): a conformação do ato infracional ainda depende da *ilicitude* da conduta (ausência de causas excludentes legais ou supralegais),

⁵⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Natureza jurídica**. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 54. Coordenação: Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 95-96. Em igual sentido: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, vol. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 364-365.

⁵⁴³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, *caput*: “Verificada a prática de *ato infracional*, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...]”.

⁵⁴⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como *crime* ou *contravenção penal*”.

⁵⁴⁵ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

por força da regra contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁵⁴⁶, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵⁴⁷, que estabelece como paradigma a punição do adulto em idêntica situação.

Acerca do seu **pressuposto**, a aplicação das medidas socioeducativas reclama a culpabilidade especial do adolescente pelo cometimento de ato infracional (injusto penal), aferida mediante a convergência dos requisitos da (i) capacidade de culpabilidade (que naturalmente dispensa a maioridade), (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa. Como anteriormente mencionado, a inimputabilidade *penal* por idade (art. 228 da CF e art. 27 do CP) não implica a ausência da culpabilidade especial do adolescente, mas apenas a impossibilidade da aplicação das penas cominadas na legislação penal comum dos adultos (inimputabilidade penal geral). O adolescente teria imputabilidade *socioeducativa*, com sujeição às normas da legislação especial (art. 228, *in fine*, da CF⁵⁴⁸), no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que estrutura um modelo de responsabilidade especial ou diferenciada, mediante a cominação de medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, incisos I a VI).

Assim, podemos considerar que a imputabilidade *penal* seria alcançada aos dezoito anos de idade (adultos), enquanto a imputabilidade *socioeducativa* seria alcançada aos doze anos de idade (adolescentes). A inimputabilidade penal por idade (art. 228 da CF e art. 27 do CP), portanto, incidiria como barreira ou fronteira político criminal entre dois modelos de reação estatal ao cometimento de conduta definida como infração penal: o de responsabilidade penal comum dos adultos e o de responsabilidade penal especial ou diferenciada dos

⁵⁴⁶ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta *não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem*”.

⁵⁴⁷ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

⁵⁴⁸ Constituição Federal, art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, *sujeitos às normas da legislação especial*”.

adolescentes. Ao comentar o disposto no art. 19 do Código Penal Espanhol⁵⁴⁹, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ afirma:

em sua concepção, o menor de 18 anos não é um sujeito essencialmente inimputável, não é um sujeito “per se” isento de culpabilidade. Simplesmente, sucede que “não é responsável criminalmente” conforme às disposições do Código penal dos adultos. Expressada “a contrario”, a tese central é a de que o menor de dezoito anos não é um inimputável, mas que é um sujeito *responsável* (em realidade se poderia dizer do mesmo modo: imputável, culpável) a que, contudo, por razões político-criminais bastante óbvias, e atendidas também suas peculiares circunstâncias, subtrai-se do âmbito das consequências jurídicas comuns do Código penal.⁵⁵⁰

JOSÉ CEREZO MIR igualmente salienta a inexistência de “isenção de culpabilidade” pela menoridade de dezoito anos no Código Penal Espanhol (art. 19):

No novo Código penal não há uma eximente para menores de idade. [...]. Não se considera, portanto, os menores de dezoito anos inimputáveis. Por considerações de política criminal se lhes quer excluir unicamente do Direito penal dos adultos. Tratava-se de criar um Direito penal juvenil orientado essencialmente aos fins de prevenção especial.⁵⁵¹

Com efeito, a exigência do filtro da culpabilidade especial do adolescente para a aplicação das medidas socioeducativas não consubstancia mera opção dogmática, mas imposição da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), que em seu art. 40, n. 2, alínea *b*, inciso I, estabelece a garantia de a criança (menor de dezoito anos de idade) “ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua *culpabilidade* conforme a lei”. Ademais, a referência a crianças “*acusadas*” e “*declaradas culpadas*” de ter infringido as leis penais, contida no art. 40, reafirma o ônus da prova da culpabilidade do adolescente (juízo de

⁵⁴⁹ Código Penal Espanhol, art. 19: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

⁵⁵⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **El nuevo Código Penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997. p. 159-160. Tradução livre.

⁵⁵¹ MIR, José Cerezo. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 803. Tradução livre.

reprovabilidade) como pressuposto para a aplicação da sanção negativa correspondente (medidas socioeducativas)⁵⁵².

A incorporação da doutrina da proteção integral, ao reconhecer o adolescente como sujeito de direitos, com aquisição progressiva de capacidade (arts. 5º⁵⁵³ e 14, n. 2⁵⁵⁴, ambos da Convenção sobre os Direitos da Criança - Decreto n. 99.710/90), não se coaduna com a assimilação dos menores de dezoito anos de idade aos doentes mentais – generalização da incapacidade que nutre a ideologia tutelar. De acordo com o disposto no art. 40, n. 3, alínea *a*, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵⁵⁵, combinado com os arts. 105 e 112, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), apenas a criança (pessoa menor de doze anos de idade) não tem capacidade para infringir as leis penais.

⁵⁵² Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40: “1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se *acuse* ou declare *culpada* de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. 2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular: a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se *acuse* ou declare *culpada* nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos; b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se *acuse* de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não for *comprovada sua culpabilidade* conforme a lei; II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das *acusações* que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua *defesa*; [...] IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se *declarar culpada*, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições; V) se for decidido que *infringiu as leis penais*, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei; [...]. 3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam *acusadas* ou declaradas *culpadas* de tê-las infringido, e em particular: [...]. 4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma *proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito*”.

⁵⁵³ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 5º: “Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes *com a evolução de sua capacidade* no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção”.

⁵⁵⁴ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 14, n. 2: “Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde *com a evolução de sua capacidade*”.

⁵⁵⁵ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 3: “Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam *acusadas* ou declaradas *culpadas* de tê-las infringido, e em particular: a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança *não tem capacidade* para infringir as leis penais; [...]”.

A respeito da capacidade de culpabilidade (primeiro requisito da culpabilidade especial do adolescente), o 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)⁵⁵⁶, determina a consideração da capacidade do adolescente para o cumprimento da medida socioeducativa. Tal premissa implica a impossibilidade da aplicação de medida socioeducativa em caso de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de que decorra a inteira *incapacidade* de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*, do CP⁵⁵⁷): nesse caso, teria pertinência a medida de proteção (sem carga de sanção) consistente em requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, V, do ECA)⁵⁵⁸ – a aplicação da medida de proteção seria competência exclusiva do Juiz da Infância e da Juventude, em face de o seu antecedente ser um ato infracional (arts. 112, *caput*, VII⁵⁵⁹, e 146⁵⁶⁰, ambos do ECA) e não mera situação de risco (art. 98 do ECA). A embriaguez completa e acidental (proveniente de caso fortuito ou força maior) igualmente gera *incapacidade* de culpabilidade, com a consequente isenção de medida socioeducativa (art. 28, § 1º, do CP⁵⁶¹), atuando como dirimente da culpabilidade especial do adolescente.

Por derradeiro, quanto aos **efeitos** da aplicação da medida socioeducativa, a pesquisa desenvolvida no Capítulo II demonstrou que, em seu aspecto ontológico, cada uma das medidas socioeducativas apresenta alguma carga de sanção (privação de um bem ou direito objetivamente considerado), de progressiva intensidade, que encontra correspondência em diversos institutos contemplados no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, tais como a advertência (art. 28, *caput*, I, da Lei n. 11.343/06), as penas restritivas de direitos de

⁵⁵⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, § 1º: “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua *capacidade de cumpri-la*, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

⁵⁵⁷ Código Penal, art. 26, *caput*: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁵⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 113; MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **A prática de ato infracional**. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Coordenação: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1176.

⁵⁵⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 112, *caput*: “Verificada a prática de *ato infracional*, a *autoridade competente* poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] VII - *qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI*”.

⁵⁶⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 146: “A *autoridade* a que se refere esta Lei é o *Juiz da Infância e da Juventude*, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local”.

⁵⁶¹ Código Penal, art. 28, § 1º: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

prestação pecuniária (art. 45, §§ 1º e 2º, do CP) e de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV, e 46, ambos do CP), o livramento condicional (arts. 83 a 90, todos do CP) e os regimes aberto e fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, respectivamente.

Assim, considerando a identidade dos seus aspectos estruturais (antecedente, pressuposto e efeitos), podemos concluir que as medidas socioeducativas têm a natureza jurídica de *pena especial* ou *diferenciada* para adolescentes (imputabilidade socioeducativa): por força da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA), tal pena especial ou diferenciada apresenta qualidade distinta das penas comuns cominadas para os adultos, com preponderância da finalidade de prevenção especial positiva (dentro do limite superior de três anos – moldura abstrata – e do sublimite da culpabilidade do adulto⁵⁶²) e observados os parâmetros estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵⁶³. Tal conclusão encontra corroboração na pesquisa desenvolvida no Capítulo II, onde constatamos que o regime jurídico estabelecido para as medidas socioeducativas apresenta todos os elementos (dados essenciais) do conceito de pena (abordados no Capítulo I), a saber: a privação de um bem (direito) objetivamente considerado; a existência de uma prévia ofensa jurídica; a imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica; a inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor; e a imposição por uma autoridade (institucionalização da pena).

A natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa) foi reconhecida no disposto no art. 1º, § 2º, incisos I e III, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵⁶⁴, que estabelece como objetivos das medidas socioeducativas a *responsabilização* do adolescente e

⁵⁶² Abordaremos o sublimite da culpabilidade do adulto no item n. 4, que cuida das implicações materiais da natureza jurídica das medidas socioeducativas.

⁵⁶³ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 1: “Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade”.

⁵⁶⁴ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 1º, § 2º: “Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; [...] e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.

a *desaprovação* da conduta infracional. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ esclarece que as consequências jurídicas da infração penal praticada por menores de dezoito anos de idade têm a natureza jurídica de uma autêntica pena (juvenil), realidade que se manifesta na exigência legal de expressar a reprovação social da conduta, “pois ambos elementos (responsabilidade, reprovação) são perfeitamente coerentes com a ideia de ‘pena *sui generis*’ e não com a de ‘medida’. Também o é que o tempo cumprido pelo menor em medida cautelar se compute deduzindo-se da duração da medida sancionatória-educativa”. O mesmo autor acrescenta que a natureza jurídica de pena (juvenil) em nada seria afetada pela denominação de “medida” ou por seu essencial componente educativo. E adverte ser um erro de grosso calibre o fato de se indicar que a reação social contra o menor é educativa porque “não se fundamenta na vingança ou na retribuição”, pois nenhuma sanção penal se fundamenta na vingança ou na retribuição⁵⁶⁵.

Do mesmo modo, ALESSANDRO BARATTA reconhece se tratar de uma responsabilidade penal, ainda que atenuada em relação à dos adultos, mas da mesma natureza: “do ponto de vista de uma correta teoria do direito, em ambos os casos, encontramos na presença a) de uma resposta à realização culpável de uma figura delitiva, e b) de uma restrição de direitos e, em consequência, de uma sanção ‘negativa’”⁵⁶⁶. JOSÉ CEREZO MIR igualmente afirma que “as medidas sancionadoras educativas são penas, ainda que não se lhes dê esse nome, embora seja verdade que nelas seja acentuada a prevenção especial”⁵⁶⁷. Ainda considerando o pressuposto da sua imposição (culpabilidade pelo cometimento de um injusto penal), FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MERCEDES GARCÍA ARÁN consideram como penas as medidas que podem ser aplicadas aos menores de dezoito anos de idade:

até os dezoito anos o adolescente é imputável, mas sua responsabilidade penal se exigirá conforme a citada Lei [Lei Orgânica da Responsabilidade Penal dos Menores - LORPM]. Em realidade, pelas razões já ditas, trata-se de uma responsabilidade peculiar, porque, em qualquer caso, procura-se acentuar na Lei, ainda que com algumas exceções, o caráter primordialmente educativo das *medidas* que podem ser impostas. Mas, ainda que se empregue para essas sanções o nome de medidas (cfr. o Título II LORPM), dogmaticamente devem ser consideradas como penas, já que não

⁵⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 187. Tradução livre.

⁵⁶⁶ BARATTA, Alessandro. *Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil*. IUS ET VERITAS, vol. 5 (n. 10 - 5 out. 1995). Lima: PUCP, 1995. p. 73-79. Tradução livre.

⁵⁶⁷ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 811. Tradução livre.

se baseiam na *periculosidade do menor*, mas em sua culpabilidade, ainda que essa culpabilidade apresente algumas peculiaridades.⁵⁶⁸

A natureza jurídica de *pena especial* ou *diferenciada* para adolescentes (imputabilidade socioeducativa), identificada nas medidas socioeducativas, implica o reconhecimento de um modelo de Direito penal especial para adolescentes. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) apresenta parco tratamento do *antecedente* das medidas socioeducativas, limitando-se a consignar uma norma de remessa ou delegação em seu art. 103 (“considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”); todos os demais dispositivos legais disciplinam aspectos processuais (garantias e procedimento) e as medidas socioeducativas em si (*consequente*). Portanto, em caso de ato infracional, a norma primária (norma de conduta) sempre seria haurida do Direito penal comum dos adultos (teoria do crime, com todos os estratos e filtros da sua estrutura analítica), pela absoluta ausência de normas especiais a esse respeito; a norma secundária (norma de sanção)⁵⁶⁹ seria haurida das “normas da legislação especial” (art. 228, *in fine*, da CF) – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase (Lei n. 12.594/12), que disciplina a execução das medidas socioeducativas.

Com a adoção de um direito penal especial para adolescentes, não se pretende a repressão (discurso punitivo) ou a superação dos princípios e peculiaridades inerentes ao direito da criança e do adolescente (supressão da doutrina da proteção integral por meio da sua colonização pelo direito penal), mas apenas a incorporação das garantias penais e processuais penais (*plus*) em tema de ato infracional e medidas socioeducativas, sempre respeitados os direitos especiais dos adolescentes. Em igual sentido, JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ pondera que:

o juízo de inimputabilidade do jovem, em relação ao fato injusto por ele cometido, não significa “irresponsabilidade”, já que sempre se lhe aplica uma sanção, ainda que seja mediante uma fraude de etiquetas (indicando ser uma medida tutelar ou benéfica e não uma pena). Produz-se, em razão do fato injusto (delito), uma intervenção

⁵⁶⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007. p. 365. Tradução livre.

⁵⁶⁹ A respeito das normas penais como normas de determinação: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009 (especialmente p. 105-132).

coativa do Estado sobre o jovem. É por isso que não se pode falar de irresponsabilidade do menor; o menor é claramente responsabilizado por seus feitos, daí a medida coativa [...]. A partir disso, resulta uma grosseira fraude de etiquetas argumentar que ao menor não se aplica um direito penal, mas outra coisa.

Temos que partir da realidade e esta indica, em primeiro lugar, que a intervenção sobre o menor é em virtude de ter cometido um delito [...]. Hoje, de acordo com a Constituição, a intervenção estatal não pode se basear na periculosidade do sujeito ou em suas características pessoais ..., mas exclusivamente em virtude de um fato injusto (delitivo). Em segundo lugar, a realidade indica que se torna efetiva uma responsabilidade do menor, é dizer, uma capacidade de resposta do menor e, por isso mesmo, a ele é imposta uma determinada medida coativa, que de outro modo não teria explicação e passaria a se converter em puro castigo (como se se tratasse de um animal). Outra coisa é que, em virtude do juízo de inimputabilidade, essa responsabilidade não tenha o caráter criminal (portanto, acertadamente o Código Penal fala de responsabilidade criminal no Livro I, Título I, e, por isso, também com razão, em relação ao menor, no art. 8º somente afirma que está isento de responsabilidade criminal), pois em virtude de uma abordagem político criminal, que tem em conta as diferentes necessidades do jovem e os obstáculos à sua satisfação, busca-se evitar os efeitos estigmatizantes da pena criminal. [...].

A inimputabilidade do jovem não impede sua responsabilidade nem que se lhe aplique um direito penal. Por isso mesmo, devem ser aplicadas todas as garantias do direito penal em geral, além de um aprofundamento delas em virtude da situação especial em que se encontra o jovem frente ao Estado.⁵⁷⁰

Por isso, cumpre dissipar quaisquer interpretações equivocadas ou propositalmente distorcidas, no sentido de que um direito penal especial para adolescentes significaria impor o mesmo tratamento penal do adulto para os adolescentes infratores, de modo similar ao que ocorre no procedimento de transferência ou renúncia de jurisdição (*transfers* ou *waivers*) do direito estadunidense (estudado no Capítulo III), que implica submissão à norma secundária (norma de sanção) dos adultos.

A proposta de um direito penal especial para adolescentes converge com os postulados da doutrina da proteção integral (modelo de responsabilidade), na medida em que

⁵⁷⁰ RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluce Segurola. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 471-482. Tradução livre.

busca promover a incidência de todas as garantias penais e processuais penais dos adultos (“todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”), acrescidas e moduladas pela conformação dos direitos especiais reconhecidos aos adolescentes, decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e arts. 3º, *caput*, e 6º, *in fine*, ambos do ECA). Em nossa concepção, um direito penal especial para adolescentes possibilita uma relação de complementaridade entre os direitos especiais dos adolescentes e as garantias penais e processuais penais dos adultos (acoplamento estrutural entre o sistema do direito da criança e do adolescente e o sistema do direito penal e processual penal).

As garantias penais e processuais penais dos adultos seriam moldadas pela condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento: *v.g.*, incidência dos filtros penais (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade) como condição necessária, mas não suficiente para a aplicação de medidas socioeducativas (sempre condicionada por necessidades de prevenção especial positiva); flexibilidade na determinação judicial (sanção flutuante) e na execução das medidas socioeducativas (possibilidade de extinção, a qualquer momento, pela realização da sua finalidade); centralidade das medidas socioeducativas em meio aberto, com a correspondente alternatividade e excepcionalidade da privação da liberdade; preponderância da finalidade de prevenção especial positiva; remissão como mecanismo alternativo para o procedimento. Ao mesmo tempo, as peculiaridades do direito da criança e do adolescente seriam reforçadas e complementadas pelas garantias penais e processuais penais dos adultos: *v.g.*, incidência da prescrição penal para as medidas socioeducativas, impossibilidade de execução provisória (imediata) das medidas socioeducativas; interrogatório do adolescente como ato de encerramento da instrução processual.

A proposta de isolamento do direito da criança e do adolescente (independência desse ramo do direito), com o conseqüente descolamento das garantias penais e processuais penais, propicia a perigosa infiltração da ideologia do *neomenorismo*, consubstanciada na perpetuação do modelo tutelar sob a roupagem de uma “nova” disciplina jurídica (o “Cavalo de Troia” do menorismo) – resgate da racionalidade contida nos Códigos de Menores, com a sua “bondade protetiva” que dissimula a punição imposta sem as “amarras” (indesejadas garantias) dos direitos penal e processual penal. A respeito dessa ideologia, recorde-se a lição de PEDRO DORADO MONTERO ao sustentar o positivismo correcionalista no auge do modelo tutelar de “menores”: “o direito penal desapareceu em relação às crianças e jovens delinquentes

e se converteu em obra benéfica e humanitária, em um capítulo, se assim se quiser, da pedagogia, da psiquiatria e da arte da boa governança, juntamente”⁵⁷¹.

A ideia de desaparecimento do direito penal em relação aos adolescentes, contida na proposta de isolamento do direito da criança e do adolescente (independência desse ramo do direito), recorda a tese radical de FILIPPO GRAMATICA, desenvolvida em seus “Princípios de Defesa Social”, no sentido da substituição do direito penal por um “novo sistema jurídico” (que nem sequer poderia dialogar com o direito penal), com a pretensão

de uma transformação radical do antigo sistema sancionador para o substituir por um conjunto de disposições legislativas e, naturalmente, de atuações práticas que tendam a prevenir as causas da antissocialidade e a remediá-las com medidas pedagógicas, corretoras e curativas, adaptadas às exigências de cada pessoa. [...]. A abordagem que temos defendido nos permite confirmar que o programado sistema de defesa social não só é incompatível com o Direito punitivo, mas que nem sequer pode se integrar com ele. Com sua tipicidade e generalidade, este novo sistema da defesa social abarcará todos os aspectos, mesmo aqueles que permaneciam fora ou estavam deliberadamente esquecidos pelo Direito penal – em especial o preventivo. O sistema de defesa social deve ser considerado ... como substitutivo do antigo – e atual – sistema jurídico penal.⁵⁷²

A respeito da pretensão de isolamento do direito da criança e do adolescente, cumpre registrar a pertinente advertência de ALESSANDRO BARATTA: a “contração ou ‘superação’ do direito penal deve ser contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula o seu exercício. Seria muito perigoso para a democracia ... cessar de defender o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no Estado de direito”⁵⁷³. Ademais, o ideal de independência do direito da criança e do adolescente, a par da sua manifesta insuficiência (v.g., ausência de disciplina dos requisitos do ato infracional, hauridos da teoria do crime; ausência de previsão legal da prescrição das medidas socioeducativas), ainda contraria a vinculação com o direito penal imposta pela regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da

⁵⁷¹ MONTERO, Pedro Dorado. **Los peritos médicos y la justicia criminal**. Madrid: Reus, 1905. p. 211-212. Tradução livre.

⁵⁷² GRAMATICA, Filippo. **Principios de defensa social**. Santiago: Olejnik, 2019. p. 41-42.

⁵⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002. p. 206.

Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁵⁷⁴, depois incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵⁷⁵, que estabelece a proibição de a intervenção socioeducativa ser mais gravosa para o adolescente do que seria a intervenção penal para o adulto.

Por isso, e considerando o legado do menorismo (modelo tutelar imperante sob os Códigos de Menores de 1927 e 1979), entendemos que um direito penal especial para adolescentes apresenta maior potencial de rendimento como meio de contenção do poder punitivo (poder penal em sentido amplo), ainda que latente, por promover a ampliação das garantias estabelecidas no direito da criança e do adolescente. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR esclarecem que, ao lado das leis penais manifestas (como o código penal, as leis penais especiais e as disposições penais de leis não penais), surgem leis penais *latentes*, assim consideradas aquelas que, enunciando qualquer função manifesta não punitiva (pedagógica, assistencial, tutelar), cumprem uma função latente punitiva, ao habilitar a imposição de penas com outro nome e outro discurso. E, ao tratar das leis penais latentes, os autores reivindicam a incidência das garantias (limites) do direito penal:

Se o direito penal se ocupasse somente das leis penais manifestas e deixasse de lado as latentes, estaria se suicidando e destruindo o estado de direito, porque bastaria trocar o nome das penas para que o estado possa usar seu poder punitivo sem limite algum. Com o pretexto de que todos somos débeis, alguns por serem jovens, outros por serem velhos, outras por serem mulheres, tutelaria a todos com “medidas” assistenciais que consistiriam em nos encarcerar em prisões para nos proteger (isso foi o que ocorreu com o direito penal das crianças e adolescentes, submetidos a penas por tempo indeterminado mesmo sem haver cometido delito, todos alegando a necessidade de os tutelar, proteger, cuidar, livrar de perigos e de sua *situação de risco*). Por isso, *o direito penal deve se ocupar também das leis penais latentes [...]*.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

⁵⁷⁵ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

⁵⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020. p. 30-31. Tradução livre.

Cabe esclarecer que o modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciada dos adolescentes, tal como definido no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser identificado como um modelo de semi-imputabilidade ou de imputabilidade mitigada, assim considerado aquele que estabelece mera diminuição quantitativa (da mesma pena do adulto) ou de grau (ampliação das possibilidades de substituição das penas por exigências de prevenção especial) – modelo adotado nas legislações da fase da mera imputação criminal, abrangentes das Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), do Código Criminal do Império (1830) e do Código Penal da República (1890), analisadas no Capítulo III.

Trata-se, portanto, de um modelo de imputabilidade socioeducativa (resposta especial ou diferenciada): premido pelas determinações constitucionais da inimputabilidade *penal* dos menores de dezoito anos de idade (art. 228 da CF) e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF), o legislador estabeleceu um sistema de sanções penais (penas especiais) qualitativamente diferenciado das penas cominadas para os adultos, orientado por princípios e critérios de determinação diametralmente opostos – indeterminação relativa (*a priori*) tanto da medida socioeducativa (sanção flutuante) como da sua dimensão temporal (brevidade).

A finalidade de prevenção especial positiva, preponderante nas medidas socioeducativas (dentro da moldura do limite temporal superior de três anos e do sublimite da culpabilidade do adulto⁵⁷⁷), deve observar os parâmetros do art. 40, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵⁷⁸, segundo o qual o adolescente infrator tem o direito de ser tratado de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a sua idade e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. O art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁵⁷⁹, ainda estabelece como objetivo das

⁵⁷⁷ Abordaremos o sublimite da culpabilidade do adulto no item n. 4, que cuida das implicações materiais da natureza jurídica das medidas socioeducativas.

⁵⁷⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 1: “Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade”.

⁵⁷⁹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 1º, § 2º: “Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente

medidas socioeducativas a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento.

Trata-se, portanto, da finalidade de prevenção especial positiva socializadora, em seu programa mínimo (oferta de condições para não reincidência), pois “apenas o respeito – ainda que não a concordância – por parte do agente, em face dos bens jurídicos alheios, é o verdadeiro e legítimo objetivo particular da pena para com o criminoso”⁵⁸⁰. Ainda que apenas lateralmente, podem ser observadas algumas necessidades de prevenção geral positiva (reafirmação do ordenamento jurídico), especialmente na consideração da gravidade da infração na aplicação da medida socioeducativa (art. 112, § 1º, do ECA) e na proporcionalidade em relação à ofensa cometida (art. 35, IV, da Lei n. 12.594/12 - Sinase)⁵⁸¹.

Importante esclarecer que a finalidade socializadora das medidas socioeducativas em nada se relaciona com a “normatização” ou reforma subjetiva do adolescente: não se busca a imposição coativa de valores ao sujeito, que “seria totalitária e violaria o respeito pela dignidade humana, representada pela observância dos limites da personalidade moral”⁵⁸². A socialização pretendida se limita a uma “educação para o direito”, tal como denominada na Lei Tutelar Educativa de Portugal (art. 2º, n. 1), que almeja a integração social do adolescente, no sentido de não serem praticadas infrações penais, ou seja, respeito pela legalidade penal, como estabelecido no art. 40, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵⁸³ – fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros. Como ponderam ANABELA MIRANDA RODRIGUES e ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA:

O que em termos normativos se conveio em chamar “*educação para o direito*” exprime, assim, a necessidade de educação para o respeito pelos valores essenciais à vida em comunidade que a prática do facto revela. Clarifica-se, desta forma, a *sentido*

e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.

⁵⁸⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 90.

⁵⁸¹ MIR, José Cerezo. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 808.

⁵⁸² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.

⁵⁸³ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 1: “Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a *fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros*, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade”.

da socialização. Não se trata de inculcar ao menor determinados padrões éticos, sociais, religiosos ou estéticos, mas de lhe fazer compreender os valores essenciais da comunidade e as regras elementares de convivência social a que qualquer cidadão deve obediência.⁵⁸⁴

Apresentadas tais considerações, entendemos que o gênero *sanção penal* abarca três modalidades de resposta estatal para o cometimento de uma conduta definida como infração penal (modelo de tripla via): (i) *penas* para os adultos (modelo de responsabilidade penal comum ou central); (ii) *medidas de segurança* para os adultos sem capacidade de culpabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (substituição do pressuposto da culpabilidade pela periculosidade); e (iii) *medidas socioeducativas* (penas especiais) para os adolescentes (modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciado).

3. Fundamentação da (in)imputabilidade de adultos, adolescentes e crianças

A (in)imputabilidade de adultos (imputabilidade penal geral), adolescentes (imputabilidade socioeducativa) e crianças (inimputabilidade) se define a partir de um critério etário (idade) ou cronológico ou biológico (tempo de vida), puro ou absoluto, que prescinde da apreciação da capacidade de discernimento (critério psicológico) – o modelo de discernimento (malícia), inspirado no direito romano e adotado no Código Criminal do Império, de 1830, e no Código Penal da República, de 1890 (analisados no Capítulo III), parte de premissas de retribuição ou expiação e determina o castigo da culpabilidade merecedora de pena.

A identificação do critério etário ou cronológico ou biológico (no plano operativo), contudo, ainda não proporciona a *fundamentação* das distintas imputabilidades (socioeducativa e penal geral) deflagradas a partir dos doze (adolescentes) e dos dezoito anos de idade (adultos). A esse respeito, no Capítulo II, adiantamos que a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade encontra justificação em considerações de política criminal (não psicologistas), portanto, não relacionadas com uma “presunção absoluta de incapacidade” de

⁵⁸⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. **Comentário da Lei Tutelar Educativa**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 61-62.

crianças e adolescentes (as capacidades de entendimento e de autodeterminação não se alteram entre o instante anterior e posterior ao de o sujeito completar doze ou dezoito anos de idade)⁵⁸⁵.

As considerações de política criminal, por seu turno, podem apresentar *fundamentações* distintas, que podem ser divididas em dois grupos principais: modelo de necessidade da pena e modelo de *status* jurídico. A respeito do modelo de necessidade da pena, CLAUS ROXIN afirma que a imposição de sanções criminais (penas comuns dos adultos) para crianças e adolescentes careceria de necessidades preventivas (exclusão da responsabilidade) – ao adolescente poderiam ser aplicadas outras medidas distintas da pena criminal⁵⁸⁶. Do mesmo modo, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ esclarece a ausência de quaisquer necessidades preventivas para a imposição de uma pena comum (adultos) aos adolescentes: do ponto de vista da prevenção especial, seria mais adequada e promissora uma intervenção educativa (pena juvenil); do ponto de vista da prevenção geral negativa, não gera problemas prescindir da pena comum dos adultos, dada a percepção coletiva do menor como um sujeito diferente (manutenção da intimidação sobre a sociedade); do ponto de vista da prevenção geral positiva integradora, a aplicação de penas juvenis não debilita a confiança da sociedade no correto funcionamento do ordenamento jurídico – as penas juvenis aparecem como um meio de asseguramento normativo da vigência da norma infringida (que, pela peculiaridade do sujeito infrator, resulta suficiente para a estabilização normativa)⁵⁸⁷.

Como se percebe, o modelo de necessidade da pena, a despeito de propiciar fundamentação adequada para as bases da responsabilidade penal especial ou diferenciada, não apresenta parâmetros para a decisão a respeito das idades que devem ser estabelecidas como limites superior e inferior da imputabilidade socioeducativa de adolescentes. Por isso, parece-nos que o modelo de *status* jurídico, ao pensar a adolescência como um fenômeno social determinado por normas culturais (construção social da infância, analisada no Capítulo III) – embora naturalmente influenciadas por fatores relativos ao desenvolvimento humano –,

⁵⁸⁵ RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluce Seguroola. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 471-482.

⁵⁸⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña (diretor), Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 848-9.

⁵⁸⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **El nuevo Código Penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997. p. 170-171.

apresenta maior potencial de rendimento para a aferição das fronteiras de idade da responsabilidade penal especial ou diferenciada dos adolescentes.

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ sustenta o modelo de *status* jurídico⁵⁸⁸, argumentando que o direito penal, enquanto subsistema social que protege uma determinada sociedade, deve respeitar e ser coerente com o sistema de organização de responsabilidades e liberdades existente na ordem social que pretende proteger. A decisão político-criminal a respeito das idades de imputabilidade seria fundamentada em estruturas sociais de responsabilidade e reconhecimento que são fruto de uma tradição e de uma cultura sociais e jurídicas que, logicamente, são influenciadas pelas características que, em geral, apresentam os jovens de uma determinada idade (as idades médias são apenas uma referência de caráter bem genérico, tendo em vista que, na realidade, os jovens em concreto são muito distintos entre si e apresentam grandes diferenças quanto ao seu desenvolvimento psicológico e maturidade). Assim, para efeito de determinação dos limites gerais da responsabilidade em sociedade, temos que esta incide indiretamente no *status* dos menores em uma determinada sociedade (não se trata de presumir determinadas capacidades em um menor por dispor de determinada idade).

A idade de dezoito anos constitui um ponto essencial na valoração do sujeito como igual ou diferente do sujeito adulto ordinário⁵⁸⁹ (consideração global da situação do sujeito dentro do sistema social): com essa idade, opera-se a aquisição de capacidade civil plena (de fato ou de exercício), de acordo com o art. 5º, *caput*, do Código Civil; em termos sociais, possibilita-se a obtenção de habilitação para conduzir veículo automotor (art. 140, *caput*, I, da Lei n. 9.503/97⁵⁹⁰), impõe-se a apresentação para alistamento no serviço militar (art. 13,

⁵⁸⁸ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 139-148.

⁵⁸⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **El nuevo Código Penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997. p. 172.

⁵⁹⁰ Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), art. 140: “A habilitação para conduzir veículo automotor será apurada por meio de exames que deverão ser realizados no órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, e o condutor deverá preencher os seguintes requisitos: I - *ser penalmente imputável*; [...]”.

parágrafo único, da Lei n. 4.375/64⁵⁹¹), adquire-se capacidade para ser jurado (art. 436, *caput*, do CPP⁵⁹²) e capacidade eleitoral passiva para vereador (art. 14, § 3º, VI, *d*, da CF).

Inversamente, em que pese a condição de sujeitos de direitos e a aquisição progressiva de capacidade, aos menores de dezoito anos de idade (crianças e adolescentes) são impostas diversas restrições (normas de prevenção especial), tais como limitações ao seu deslocamento (viagem) nacional e internacional (arts. 83 a 85 do ECA), limitações para hospedagem em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere (art. 82 do ECA⁵⁹³), proibição da aquisição de produtos e serviços – *v.g.*, armas, munições, explosivos, bebidas alcoólicas, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, fogos de estampido e de artifício (art. 81 do ECA⁵⁹⁴).

Tais restrições e limitações, componentes do *status* jurídico (“adolescência jurídica”) dos menores de dezoito anos de idade (menor alcance da sua participação jurídica, social e política), fundamentariam perfeitamente a decisão político-criminal de estabelecer um modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa), pois no marco da sociedade vigente (que imputa e castiga):

não pode ser equivalente a exigência de responsabilidade a quem pode exercer seus direitos de forma plenamente autônoma que a quem não se reconhece dita autonomia, porque não pode exercitar por si mesmo todos os seus direitos civis e políticos. [...] se os menores não têm um nível de liberdade e de responsabilidade social equivalente aos adultos, sua responsabilidade penal não pode ser idêntica. Não se deve castigar com uma pena os sujeitos a que a própria sociedade não reconhece plena capacidade organizativa e de participação social e política e que estão submetidos a uma liberdade tutelada ou limitada ou a certo paternalismo em seu benefício ou interesse

⁵⁹¹ Lei n. 4.375/64 (Lei do Serviço Militar), art. 13, parágrafo único: “Para fins de seleção ou regularização de sua situação militar, todos os brasileiros deverão apresentar-se, *no ano em que completarem 18 (dezoito) anos de idade*, independentemente de Editais, Avisos ou Notificações, em local e época que forem fixados, na regulamentação da presente lei, quando serão alistados”.

⁵⁹² Código de Processo Penal, art. 436, *caput*: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos *maiores de 18 (dezoito) anos* de notória idoneidade”.

⁵⁹³ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 82: “É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável”.

⁵⁹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 81: “É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: I - armas, munições e explosivos; II - bebidas alcoólicas; III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida; IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; V - revistas e publicações a que alude o art. 78; VI - bilhetes lotéricos e equivalentes”.

[...]. O ordenamento jurídico-penal deve adotar uma decisão político-criminal coerente com o contexto normativo global.⁵⁹⁵

Fator de especial relevância política para a fundamentação de um modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa) radica na absoluta ausência de capacidade eleitora passiva (condição de elegibilidade) dos menores de dezoito anos de idade (art. 14, § 3º, VI, *d*, da CF) – impossibilidade de participação na atividade legiferante de produção das normas penais de conduta (seleção e definição dos comportamentos proibidos). Como leciona JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ:

a fundamentação da intervenção do Estado em matéria penal criminal é a proteção de bens jurídicos e isso supõe a participação efetiva e plena de todos os sujeitos em seu estabelecimento enquanto tal. Esse não é o caso quando se trata dos menores de 18, pois eles não estão em condição jurídica de discutir e participar efetivamente na configuração das leis. Em relação a eles, o princípio de legalidade dos delitos e das penas tem, portanto, uma debilidade de origem. A consciência da norma e do injusto estão no grupo dos maiores, neles está em formação ou em *reformulación*.⁵⁹⁶

Interessante notar que, na perspectiva internacional, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto n. 4.388/02), ao tratar dos princípios gerais de direito penal, em seu art. 26 estabelece a exclusão da sua jurisdição relativamente a menores de dezoito anos de idade, nos seguintes termos: “O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade”.

Cumprindo ainda analisar a decisão político-criminal de estabelecer a idade de doze anos como limite inferior (*dies a quo*) para a incidência do modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciada (adolescentes). Tal decisão pode ser fundamentada na consideração global do adolescente dentro do microssistema jurídico estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que exige o *consentimento* do adolescente (doze anos

⁵⁹⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 143 e 146. Tradução livre.

⁵⁹⁶ RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluce Segurola. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 471-482. Tradução livre.

completos) como requisito essencial para a sua colocação em família substituta, mediante guarda (por pessoa diversa dos pais), tutela ou adoção (arts. 28, § 2º, e 45, § 2º, ambos do ECA). O consentimento do adolescente deve ser pessoal (não pode ser suprido pelos pais ou representante legal) e formal (colhido em audiência), consubstanciando um poder de veto soberano, pois a sua recusa não pode ser superada pelo Juiz da Infância e da Juventude. Trata-se de manifestação da aquisição progressiva de capacidade, reconhecida nos arts. 5º⁵⁹⁷ e 14, n. 2⁵⁹⁸, ambos da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), sendo ainda desdobramento do direito de opinião (art. 16, II, do ECA), contemplado no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90):

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Em que pese a margem de conformação legislativa admitida pelo art. 40, n. 3, alínea *a*, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90)⁵⁹⁹, entendemos que o limite inferior (idade inicial) para a incidência da responsabilidade penal especial ou diferenciada deveria ter sido estabelecido em correlação com o dever de educação (educação escolar ou formal, por meio do ensino) imposto ao Estado (art. 208 da CF)⁶⁰⁰, pois “somente

⁵⁹⁷ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 5º: “Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes *com a evolução de sua capacidade* no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção”.

⁵⁹⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 14, n. 2: “Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde *com a evolução de sua capacidade*”.

⁵⁹⁹ Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), art. 40, n. 3: “Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: a) *o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais; [...]*”.

⁶⁰⁰ De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), a educação escolar se compõe de *educação básica*, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (art. 21, I), e *educação superior* (art. 21, II).

se pode exigir uma resposta determinada na medida em que se tenha dado ao sujeito as bases de formação para uma tal capacidade de resposta”⁶⁰¹.

O art. 32, *caput*, da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), disciplina o ensino fundamental obrigatório, com duração de nove anos, gratuito na escola pública, que se inicia aos seis anos de idade (por conseguinte, com encerramento aos quatorze anos de idade) e tem por objetivo a formação básica do cidadão, mediante o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo (inciso I); a *compreensão do ambiente natural e social*, do *sistema político*, da tecnologia, das artes e dos *valores em que se fundamenta a sociedade* (inciso II); o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a *formação de atitudes e valores* (inciso III); e o fortalecimento dos vínculos de família, dos *laços de solidariedade humana* e de *tolerância recíproca em que se assenta a vida social* (inciso IV). O art. 32, § 5º, da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), ainda determina que o currículo do ensino fundamental inclua, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos *direitos das crianças e dos adolescentes*, tendo como diretriz a Lei n. 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.

Assim, considerando os aludidos objetivos e o alcance do ensino fundamental obrigatório (iniciado aos seis anos de idade, com duração de nove anos), entendemos que o termo inicial da responsabilidade penal especial ou diferenciada (imputabilidade socioeducativa) deveria estar posicionado em quatorze anos de idade, que coincide com a conclusão do ensino fundamental obrigatório. Tal decisão político-criminal ainda corrigiria a distorção entre o atual limite inferior da responsabilidade por ato infracional (doze anos) e a determinação legal absoluta de vulnerabilidade sexual dos menores de quatorze anos de idade (art. 217-A, *caput* e § 5º, do CP, e Súmula n. 593 do STJ)⁶⁰², reconhecida em decisão do então Desembargador convocado para o Superior Tribunal de Justiça, CELSO LIMONGI:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12

⁶⁰¹ RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluze Segurola. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 471-482. Tradução livre.

⁶⁰² FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos jurídicos da Lei n. 13.431/2017: a escuta especializada e o depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, v. 33 (maio-jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 113-138.

ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. [...] DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. [...].⁶⁰³

Com efeito, não parece coerente o reconhecimento de uma capacidade paradoxal para adolescentes entre doze e quatorze anos de idade: absoluta incapacidade para manifestar consentimento em relações sexuais e plena capacidade de responsabilidade penal especial ou diferenciada por atos infracionais (imputabilidade socioeducativa). Como pondera BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “não tem fundamento algum, desde o ponto de vista do menor como sujeito protegido por sua maior vulnerabilidade, que se lhe reconheça como igual para o negativo (castigo por razões preventivas) e não para o positivo”⁶⁰⁴.

4. Implicações materiais da natureza jurídica das medidas socioeducativas

Algumas importantes implicações materiais decorrem da natureza jurídica de *pena especial* ou *diferenciada* para adolescentes, que identificamos nas medidas socioeducativas. A primeira delas consiste na necessidade de determinação da pena concreta que seria aplicada, em idêntica situação, a um adulto (paradigma da intervenção penal comum): por força da regra de proporcionalidade estabelecida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁶⁰⁵, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁶⁰⁶, que impede tratamento mais gravoso para o adolescente infrator (em comparação com o modelo de responsabilidade penal comum dos adultos), entendemos que, em caso de sentença

⁶⁰³ STJ, 6ª Turma, HC n. 88.664/GO, rel. Min. Og Fernandes, rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), j. 23.6.2009, *DJe* 8.9.2009.

⁶⁰⁴ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 146. Tradução livre.

⁶⁰⁵ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

⁶⁰⁶ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

sancionatória resultante do processo de conhecimento (arts. 186, § 4º⁶⁰⁷, e 189, *a contrario sensu*⁶⁰⁸, ambos do ECA), antes de aplicar a medida socioeducativa, deve o Juiz da Infância e da Juventude realizar o procedimento de determinação da pena concreta que, em idêntica situação, seria aplicada ao adulto (art. 59, *caput* e I a IV, do CP).

O resultado desse procedimento deve então incidir como limite superior *concreto* para a aplicação e a execução da medida socioeducativa, desde que a pena apurada para o adulto seja mais branda que o correspondente limite superior abstrato – três anos de semiliberdade ou de internação, a depender da ausência ou da presença das situações legais contidas no art. 122, *caput*, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Em tal caso, impor-se-ia o respeito a um sublimite qualitativo (modalidade de medida socioeducativa a ser aplicada) e quantitativo (prazo da medida a ser executada). Em Espanha, comentando o disposto no art. 8.2 da Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000)⁶⁰⁹, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ noticia que a doutrina dominante considera que o limite da responsabilidade penal dos adultos se refere ao marco penal concreto, tendo em conta as regras para a aplicação das penas do Código Penal (e não ao marco penal abstrato)⁶¹⁰. Importante salientar que a culpabilidade do adulto (paradigma da intervenção penal comum) incidiria apenas como sublimite superior (“subteto”) ou limite interno, dentro da moldura abstrata de três anos (art. 121, § 3º, do ECA), mas nunca como “ponto ideal” ou limite inferior (“piso”) a ser alcançado pela medida socioeducativa.

Tomemos dois exemplos para ilustrar o afirmado. Por ocasião da sentença sancionatória, o Juiz da Infância e da Juventude reconhece o cometimento de ato infracional definido como crime de tráfico de drogas “privilegiado” (art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.

⁶⁰⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 186, § 4º: “Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida *proferirá decisão*”.

⁶⁰⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 189: “A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato ato infracional; IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade”.

⁶⁰⁹ Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores - LORRPM (LO n. 5/2000), art. 8.2: “As medidas privativas de liberdade contempladas no artigo 7.1 *a), b), c), d) e g)*, em nenhum caso, poderão exceder o tempo que teria durado a pena privativa de liberdade que teria sido imposta pelo mesmo fato, se o sujeito, sendo maior de idade, houvesse sido declarado responsável, de acordo com o Código Penal” (Tradução livre).

⁶¹⁰ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 248.

11.343/06) e, em seguida, realiza o procedimento de determinação da pena que, em idêntica situação, seria aplicada ao adulto, alcançando o resultado de um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial aberto, com substituição por penas restritivas de direitos: nesse caso, considerando o sublimite superior da culpabilidade do adulto (penas restritivas de direitos), o Juiz da Infância e da Juventude não poderia sequer aplicar a medida socioeducativa de semiliberdade (arts. 112, *caput*, V, e 120, ambos do ECA), pois, como analisado no Capítulo II, tal resposta encontra correspondência no regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade (qualitativamente mais grave que a substituição por penas restritivas de direitos que seria aplicada a um adulto naquela mesma situação). Poderia então ser aplicada a medida socioeducativa de liberdade assistida (em meio aberto) ou mais branda e, ainda assim, pelo limite temporal de um ano e oito meses.

Do mesmo modo, por ocasião da sentença sancionatória, o Juiz da Infância e da Juventude reconhece o cometimento de ato infracional definido como crime de roubo simples na forma tentada (art. 157, *caput*, c.c. o art. 14, II, ambos do CP) e, em seguida, realiza o procedimento de determinação da pena que, em idêntica situação, seria aplicada ao adulto, alcançando o resultado de um ano e quatro meses de reclusão (quatro anos, com a diminuição de dois terços pela tentativa), em regime inicial aberto: nesse caso, considerando o sublimite superior da culpabilidade do adulto (regime aberto), o Juiz da Infância e da Juventude não poderia aplicar a medida socioeducativa de internação, a despeito da sua possibilidade abstrata (art. 122, *caput*, I, do ECA), pois, como analisado no Capítulo II, tal resposta encontra correspondência no regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade (qualitativamente mais grave que o regime aberto que seria aplicado a um adulto naquela mesma situação). Poderia então ser aplicada a medida socioeducativa de semiliberdade ou mais branda e, ainda assim, pelo limite temporal de um ano e quatro meses.

Como anteriormente consignado, o paradigma da culpabilidade do adulto (intervenção penal comum) apresenta efeito unidirecional, impondo apenas um sublimite superior (“subteto”) para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas, como mecanismo de contenção das necessidades de prevenção especial positiva (preponderantes no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada dos adolescentes), notadamente quando considerada a indeterminação temporal relativa (*a priori*) das medidas socioeducativas de maior gravidade (liberdade assistida, semiliberdade e internação), pois “os fins preventivo-especiais não podem conduzir a uma restrição de direitos superior àquela que seria legítimo

impor desde o ponto de vista preventivo-geral, mediante uma pena proporcional à culpabilidade pelo fato”⁶¹¹.

Em outras palavras: as necessidades de prevenção especial positiva não podem transcender o marco da culpabilidade do adulto como limite superior concreto (função de garantia ou proteção), mas podem legitimar a renúncia ou a mitigação da intervenção socioeducativa (para evitar a dessocialização, a reincidência ou a cronificação de uma vida infracional), com base nos princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente (analisados no Capítulo III). Portanto, a “proporcionalidade em relação à ofensa cometida” (art. 35, IV, da Lei n. 12.594/12 - Sinase) não opera como critério de orientação para a determinação ou a execução da medida socioeducativa (não se trata de “ponto ideal” nem limite inferior), mas como limite superior concreto para as necessidades de prevenção especial positiva (preponderantes no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada dos adolescentes). BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ esclarece:

“Por debajo”, a prevenção especial carece de limites e se permite impor sanções que seriam claramente insuficientes em um sistema orientado à prevenção geral ou à estabilização normativa como o de adultos e que ficariam muito abaixo do que seria uma pena proporcional ao fato. Portanto, este art. 8º deve ser entendido como a plasmação de um sistema claramente orientado à prevenção especial, que tem como limite máximo a proporcionalidade ao fato configurada a partir de perspectivas preventivo-gerais (que caracteriza o Direito Penal de adultos).⁶¹²

A renúncia e a mitigação da intervenção socioeducativa podem ser instrumentalizadas por meio da remissão (perdão puro e simples ou transação), como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo (arts. 126 a 128, todos do ECA), atendendo ao princípio da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, bem como ao princípio da mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida (art. 35, II e VII, da Lei n. 12.594/12 - Sinase⁶¹³). Ao cuidar do princípio da intervenção

⁶¹¹ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 249. Tradução livre.

⁶¹² SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018. p. 249-250. Tradução livre.

⁶¹³ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: [...] II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; [...] VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; [...]”.

mínima, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA considera que a legislação especial (art. 112, *caput*, do ECA) “modifica a regra da inderrogabilidade, vigente na legislação processual penal, afirmando que, verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente *poderá* (e não necessariamente *deverá*) aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas”⁶¹⁴.

Interessante situação de renúncia ou mitigação da intervenção socioeducativa emerge do princípio da atualidade, segundo o qual “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” (art. 100, parágrafo único, VIII, do ECA). Imagine-se que, anos depois do cometimento do ato infracional imputado, por ocasião da sentença (momento de aferição da atualidade), o Juiz da Infância e da Juventude constata a perfeita integração social do adolescente (art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 12.594/12 - Sinase), que nunca mais se envolveu em atos infracionais e se encontra estudando e trabalhando, com família estruturada e com filhos: nesse caso, a *desnecessidade* preventivo-especial da aplicação de medida socioeducativa implicaria o reconhecimento da perda do interesse processual na ação socioeducativa – carência de ação superveniente (art. 485, *caput*, VI, do CPC, c.c. o art. 152 do ECA)⁶¹⁵. Sob a perspectiva do direito material, a mesma situação poderia ser solucionada com a absolvição do adolescente (art. 189, *caput*, III, do ECA, *a contrario sensu*), mediante o reconhecimento da ausência de responsabilidade penal – categoria que, de acordo com a doutrina de CLAUS

⁶¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 150.

⁶¹⁵ “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ATUALIDADE, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE MAIS DE 2 (DOIS) ANOS DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO. [...]. 2. Não obstante, há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo – mais 2 (dois) anos – desde a data do fato, e mais de 1 ano após a sentença absolutória, devendo ser revogada a liberdade assistida. 3. *Habeas corpus* concedido para revogar a medida de liberdade assistida” (STJ, 6ª Turma, HC n. 447.600/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 16.10.2018, *DJe* 5.11.2018). Em julgamento anterior, decidiu-se pelo restabelecimento de medidas socioeducativas mais brandas: “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ATUALIDADE, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE QUASE 2 (DOIS) ANOS DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO. [...]. 2. Não obstante, há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida consistente em internação, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo – quase 2 (dois) anos – desde a data do fato, devendo ser restabelecida a sentença que aplicou as medidas socioeducativas de prestação de serviços a comunidade e liberdade assistida para fins de nova unificação das medidas aplicadas. 3. *Habeas corpus* concedido para restabelecer a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau e determinar que seja realizada nova unificação das medidas socioeducativas aplicadas” (STJ, 6ª Turma, HC n. 394.271/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17.8.2017, *DJe* 29.8.2017).

ROXIN⁶¹⁶, reclamaria não apenas a culpabilidade especial do adolescente (como fundamento do injusto e limite da sanção), mas ainda a *necessidade preventiva* da medida socioeducativa no caso concreto (juízo político-criminal que realiza dogmaticamente as finalidades da pena)⁶¹⁷.

Ainda a respeito da renúncia ou mitigação da intervenção socioeducativa, entendemos que, em caso de ato infracional definido como crime de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada exclusiva, a intervenção socioeducativa estaria subordinada a eventual manifestação de vontade positiva por parte do titular dos direitos de representação ou de queixa, respectivamente. O efeito material dos direitos de representação e de queixa, consistente na possibilidade de extinção da punibilidade pela renúncia, decadência, perdão do ofendido e preempção (art. 107, IV e V, do CP), impõe a sua incidência no modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciada dos adolescentes, por força da regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁶¹⁸, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase)⁶¹⁹, que estabelece como paradigma a punição do adulto em idêntica situação. Ao mesmo tempo, afigura-se de rigor respeitar a peculiaridade de a ação socioeducativa ser de titularidade exclusiva do Ministério Público, não se admitindo iniciativa privada na persecução socioeducativa (arts. 180, III, e 182, ambos do ECA). Assim, a solução proposta seria condicionar a intervenção ministerial (concessão de remissão pré-processual ou oferecimento de representação para a aplicação de medida socioeducativa) a uma anterior manifestação de vontade positiva por parte do titular dos direitos de representação ou de queixa⁶²⁰ – condição de procedibilidade.

⁶¹⁶ ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 209-213.

⁶¹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 184-194.

⁶¹⁸ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

⁶¹⁹ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

⁶²⁰ GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. **Derecho penal juvenil**. Barcelona: Bosch, 2003. p. 297-300.

Outra implicação material da determinação da natureza jurídica das medidas socioeducativas (*pena especial* ou *diferenciada* para adolescentes) consiste na incidência do instituto da prescrição. O silêncio da legislação especial (lacuna) a respeito da prescrição das medidas socioeducativas suscita divergências, podendo ser identificadas duas orientações principais acerca do tema: (i) aplicabilidade apenas da denominada prescrição etária, pelo advento da idade de vinte e um anos, que constitui o limite intransponível de incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, ambos do ECA; e Súmula n. 605 do STJ); (ii) aplicabilidade da prescrição penal (Súmula n. 338 do STJ), com redução de metade do prazo respectivo, por ser o adolescente logicamente menor de vinte e um anos de idade ao tempo da conduta (art. 115 do CP) – enquanto não alcançada a prescrição etária.

A primeira orientação, adotada por aqueles que negam a natureza jurídica penal (especial ou diferenciada) das medidas socioeducativas, sustenta que a intervenção socioeducativa, por suas finalidades de proteção e educação, não se sujeita ao instituto da prescrição penal, afinal, não se poderia cogitar de prazo para o Estado cumprir o dever de educar. Portanto, o limite para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas seria apenas a idade (vinte e um anos) do sujeito ativo da conduta infracional (prescrição etária), que corresponde ao limite intransponível de incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, ambos do ECA; e Súmula n. 605 do STJ). EDUARDO ROBERTO ALCÂNTARA DEL-CAMPO defende:

a não aplicabilidade do instituto da prescrição penal em relação à prática infracional, primeiro por entender que as medidas socioeducativas têm por finalidade a proteção e a educação do infrator, não sendo razoável estabelecer parâmetros limitadores que não o da idade máxima [...]. É um verdadeiro contrassenso fixar prazo para que o Estado exerça o *dever* de educar.⁶²¹

Em igual sentido, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA afirma que a prescrição se opera “no sistema do ECA quando o apontado autor do ato infracional completar 21 anos de idade em razão do atingimento do limite para a incidência da lei especial”, de modo que, antes disso, seria proveitosa a “interferência no processo de desenvolvimento do jovem e, através de

⁶²¹ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 783.

ações concretas, minimizar ou remover o potencial criminógeno demonstrado com a prática do ato infracional”. E o mesmo autor conclui:

A subordinação do adolescente ao sistema socioeducativo dos 12 (doze) aos 21 (vinte e um) anos de idade, ou seja, durante nove (9) anos, atende ao desiderato da necessidade da intervenção educacional durante a juventude, estando ainda concorde com a soma teórica de medidas estabelecidas no art. 121, § 4º, do ECA, passíveis de serem aplicadas em substituição uma da outra. [...] Vinculação ao sistema socioeducativo: 3 (três) anos de internação, 3 (três) de semiliberdade e 3 (três) de liberdade assistida, limitado pelo completar, pelo autor, dos 21 (vinte e um) anos de idade.⁶²²

A segunda orientação, adotada por aqueles que reconhecem a natureza jurídica penal especial ou diferenciada das medidas socioeducativas, sustenta a necessidade de aplicação da prescrição penal como limite para a intervenção socioeducativa, em face da carga de sanção contida nas medidas socioeducativas (aspecto ontológico ou material, analisado no Capítulo II)⁶²³, sempre respeitadas as peculiaridades do direito infracional ou socioeducativo, tal como a redução de metade do prazo de prescrição pertinente, por ser o adolescente logicamente menor de vinte e um anos de idade ao tempo da conduta (art. 115 do CP). Tal entendimento foi consolidado no enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”.

Com efeito, o reconhecimento da natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes atrai a incidência da prescrição penal como limite para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas, notadamente quando considerada a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA). O principal fundamento penal da prescrição (desnecessidade preventivo-especial da

⁶²² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Cortez, 2024. p. 733, 736 e 738.

⁶²³ O aspecto da carga de sanção pode ser encontrado nos precedentes do enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça, entre eles: “[...]. ‘1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a *medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade*. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores’. (REsp 171.080/MS, da minha Relatoria, in *DJ* 15/4/2002). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag n. 469.617/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26.5.2004, *DJ* 2.8.2004).

sanção) radica na ideia de que, com o decurso do tempo, o sujeito que se encontra diante do juízo da execução não seria aquele que foi condenado, menos ainda aquele que praticou a conduta. Se assim sucede com os adultos, *a fortiori*, sucede com os adolescentes – em permanente transformação (aspecto dinâmico da adolescência). A respeito do fundamento penal da desnecessidade preventivo-especial da sanção, leciona EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

o fundamento comum da prescrição penal é que não tem sentido privar um sujeito de bens jurídicos para o submeter a uma ressocialização, quando a conduta do sujeito, posterior ao fato e continuada durante um tempo que guarda certa relação com a gravidade do fato, demonstra suficientemente que essa ressocialização já não é necessária. Este é um preciso fundamento político-penal que explica claramente a natureza de causa pessoal de extinção da punibilidade que tem a prescrição penal.⁶²⁴

O enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não indica o parâmetro a ser observado na determinação do prazo de prescrição da pretensão socioeducativa (abstrata): se a sanção máxima do adolescente (três anos da medida socioeducativa de internação) ou se a pena máxima do adulto (margem superior da pena privativa de liberdade cominada no tipo penal incriminador).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que o parâmetro adequado seria o limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), de modo que a prescrição da pretensão socioeducativa se operaria em quatro anos – oito anos (art. 109, *caput*, IV, do CP), com a redução de metade por ser o adolescente menor de vinte e um anos de idade ao tempo da conduta (art. 115 do CP). Essa regra geral, entretanto, seria afastada quando o prazo da prescrição penal do adulto resultar inferior a quatro anos, por força da exigência de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad⁶²⁵, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento

⁶²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, vol. V. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 26-27. Tradução livre.

⁶²⁵ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, art 56: “Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adoptada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem”.

Socioeducativo - Sinase)⁶²⁶ – o adolescente não pode responder por conduta que, quando praticada por um adulto, não seria punida⁶²⁷.

Assim, v.g., em caso de ato infracional definido como crime de rixa (art. 137, *caput*, do CP)⁶²⁸, ameaça (art. 147 do CP)⁶²⁹ ou contravenção penal de vias de fato (art. 21 do Decreto-lei n. 3.688/41 - Lei das Contravenções Penais)⁶³⁰ – infrações penais com pena máxima cominada inferior a um ano –, o prazo de prescrição da pretensão socioeducativa seria aquele

⁶²⁶ Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), art. 35: “A execução das medidas socioeducativas rege-se pelos seguintes princípios: I - legalidade, *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*; [...]”.

⁶²⁷ “[...]. Estatuto da Criança e do Adolescente. Aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida. Ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas. Súmula 338/STJ. Prazo prescricional da pretensão punitiva retroativa. 4 anos. [...]. 1. Somente na hipótese em que for reconhecida a prática de ato infracional análogo a crime que possua pena máxima *in abstracto* inferior a 3 anos (como delitos de menor potencial ofensivo), o julgador, para evitar a criação de situação mais gravosa ao adolescente, deve adotar o prazo prescricional aplicável ao imputável em idêntica situação. No caso concreto, foi reconhecida a prática de ato infracional análogo ao delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – cuja pena máxima excede o limite de 3 anos estabelecido para a medida de internação. Nesse contexto, deve-se aplicar, por analogia, o prazo do art. 109, IV, do Código Penal reduzido pela metade, a teor do art. 115 do mesmo diploma legal, de modo que o prazo prescricional se consolidaria em 4 anos. 2. Nos termos do enunciado n. 338 da Súmula do STJ, a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. Diante disso, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, uma vez aplicada medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado o período máximo de 3 anos de duração da medida de internação, para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, e não o tempo da medida que poderá efetivamente ser cumprida até que a envolvida complete 21 anos de idade (AgRg no REsp n. 1.856.028/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, *DJe* 19/5/2020). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp n. 1.920.059/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 5.10.2021, *DJe* 13.10.2021).

⁶²⁸ “*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de rixa. Prescrição da pretensão socioeducativa. Cálculo a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, do ECA. Consequência mais gravosa ao inimputável, do que ao imputável que pratica a mesma conduta. Impossibilidade. Prescrição que se verifica a partir da pena máxima abstratamente cominada ao crime equivalente ao ato infracional praticado, com a redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 117.611/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.12.2008, *DJe* 9.2.2009).

⁶²⁹ “[...]. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de ameaça. Prescrição da pretensão socioeducativa estatal. [...]. 2. No caso dos autos, o prazo prescricional é de 1 ano e 6 meses, de acordo com o art. 109, VI, c/c 115, ambos do Código Penal. Assim, considerando os marcos interruptivos da prescrição, observa-se que, entre o recebimento da representação, em 22/01/2020 (e-STJ, fl. 52), e a publicação da sentença, em 4/8/2021 (e-STJ, fls. 149-156), transcorreu o prazo superior a 1 ano e 6 meses. Prescrição consumada. [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp n. 2.235.340/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.5.2023, *DJe* 26.5.2023).

⁶³⁰ “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA À CONTRAVENÇÃO, INFERIOR AO PRAZO ESTIPULADO PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO (3 ANOS). ALEGADA PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. [...]. 2. Sedimentou-se, ainda, a orientação de que o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (3 anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença. 3. Sendo o ato infracional praticado equiparado a delito ou contravenção que prevê como preceito secundário sanção inferior a 3 anos, o cálculo da prescrição deve ser aferido pela pena máxima em abstracto previsto ao delito praticado. 4. Se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação (3 anos), não se pode admitir que se utilize tal parâmetro para o cálculo da prescrição, uma vez que levaria a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, porquanto se daria tratamento mais rigoroso à adolescente do que a um adulto, em situações análogas. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 157.262/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.4.2010, *DJe* 3.5.2010).

estabelecido no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, a saber: um ano e seis meses (três anos, com redução de metade), nos termos do disposto no art. 109, *caput*, inciso VI, c.c. o art. 115, ambos do Código Penal. Do mesmo modo, em caso de ato infracional definido como crime de lesão corporal dolosa de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP) – infração penal com pena máxima cominada de um ano –, o prazo de prescrição da pretensão socioeducativa seria aquele estabelecido no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, a saber: dois anos (quatro anos, com redução de metade), nos termos do disposto no art. 109, *caput*, inciso V, c.c. o art. 115, ambos do Código Penal.

Em suma: de acordo com a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, que adota como referencial o limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), a prescrição da pretensão socioeducativa ocorre em quatro anos (art. 109, *caput*, IV, c.c. o art. 115, ambos do CP) ou, quando inferior, no prazo estabelecido no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, sempre respeitado o limite intransponível de incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, posicionado em vinte e um anos de idade (arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, ambos do ECA; e Súmula n. 605 do STJ).

Diversamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o parâmetro adequado para a aferição da prescrição da pretensão socioeducativa não seria o limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), mas a margem superior da pena privativa de liberdade cominada no tipo penal incriminador (pena máxima do adulto) correspondente ao ato infracional imputado, com a redução de metade do prazo, por ser o adolescente menor de vinte e um anos de idade ao tempo da conduta (art. 115 do CP)⁶³¹.

⁶³¹ “[...]. Instituto da prescrição. Aplicabilidade. Parâmetro. Pena máxima cominada ao tipo legal. Redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. [...]. 2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas socioeducativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo. 3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas socioeducativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal. 4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição. 5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos. 6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal. 7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a

Em nossa perspectiva, o parâmetro adequado para a determinação do prazo de prescrição da pretensão socioeducativa (abstrata) consiste no limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), por se tratar da sanção máxima do modelo de responsabilidade especial ou diferenciada dos adolescentes (regra da especialidade) – com a aplicação do prazo de prescrição penal dos adultos (quando inferior) e da prescrição etária (vinte e um anos de idade). Em outras palavras: não parece adequado adotar como parâmetro uma pena que nunca pode ser aplicada aos adolescentes, por força da garantia constitucional da inimputabilidade penal geral (art. 228 da CF).

A prescrição da pretensão executória, por seu turno, deve ser aferida de acordo com a medida socioeducativa aplicada no caso concreto. Tratando-se da medida socioeducativa de *advertência* (arts. 112, *caput*, I, e 115, ambos do ECA), que não se prolonga no tempo (de execução instantânea), pode-se cogitar das seguintes possibilidades para a determinação do prazo de prescrição da pretensão executória: (i) aplicação do menor prazo de prescrição da pena privativa de liberdade (três anos), com redução de metade, que resultaria em um ano e seis meses (art. 109, *caput*, VI, c.c. o art. 115, ambos do CP)⁶³²; (ii) aplicação do prazo de prescrição da pena de multa isolada (dois anos), por se tratar do menor prazo de prescrição estabelecido no Código Penal, com redução de metade, que resultaria em um ano (art. 114, I, c.c. o art. 115, ambos do CP); (iii) aplicação do prazo de prescrição penal contido no art. 30 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas)⁶³³, com redução de metade (art. 115 do CP), que resultaria em um ano. Entendemos adequada a terceira orientação, por se tratar de regra especial estabelecida para a sanção de advertência, cominada no art. 28, *caput*, inciso I, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas).

distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador. [...]” (STF, 2ª Turma, HC n. 88.788, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22.04.2008, *DJe*-117 27.06.2008). Em igual sentido: “[...]. 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição das medidas socioeducativas segue as regras estabelecidas no Código Penal aos agentes menores de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime, ou seja, o prazo prescricional dos tipos penais previstos no Código Penal é reduzido de metade quando aplicado aos atos infracionais praticados pela criança ou pelo adolescente. [...]” (STF, 1ª Turma, HC n. 96.520, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2009, *DJe*-075 24.04.2009).

⁶³² DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 265.

⁶³³ Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), art. 30: “Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal”.

A medida socioeducativa de *obrigação de reparar o dano* (arts. 112, *caput*, II, e 116, ambos do ECA), por seu aspecto patrimonial, relaciona-se com a pena de multa isolada, de modo que a prescrição da pretensão executória seria de um ano, nos termos do disposto no art. 114, inciso I, c.c. o art. 115, ambos do Código Penal (dois anos, com redução de metade)⁶³⁴. Em caso de medida socioeducativa de *prestação de serviços à comunidade* (art. 112, *caput*, III, do ECA), aplicada por prazo não excedente a seis meses (art. 117, *caput*, do ECA), a prescrição da pretensão executória seria de um ano e seis meses, nos termos do disposto no art. 110, *caput*, c.c. os arts. 109, *caput*, inciso VI, e 115, todos do Código Penal (três anos, com redução de metade)⁶³⁵.

Tratando-se da medida socioeducativa de *liberdade assistida* (arts. 112, *caput*, IV, 118 e 119, todos do ECA), que apresenta apenas o prazo mínimo de seis meses (art. 118, § 2º, do ECA), pode-se cogitar das seguintes possibilidades para a determinação do prazo de prescrição da pretensão executória: (i) a partir do prazo mínimo estabelecido na sentença⁶³⁶; (ii) como a liberdade assistida pode ser prorrogada a qualquer tempo (art. 118, § 2º, do ECA), considerar-se-ia sempre o limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação, aplicado por analogia (art. 121, § 3º, do ECA), operando-se a prescrição da pretensão executória em quatro anos (art. 110, *caput*, c.c. os arts. 109, *caput*, IV, e 115, todos do CP); (iii) a partir do prazo estabelecido na sentença (não inferior a seis meses)⁶³⁷

⁶³⁴ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 265.

⁶³⁵ “[...]. (2) Medida de prestação de serviço à comunidade. Prazo fixado. Quatro meses. Lapso prescricional: um ano e seis meses. (3) Período entre o descumprimento da medida socioeducativa imposta e a decisão de regressão para internação superior a um ano e seis meses. Extinção da execução da medida socioeducativa. Ocorrência. [...]. 2. Esta Corte aplica as normas do Código Penal à prescrição relativa aos procedimentos por ato infracional do ECA. Não havendo fixação de prazo máximo de sujeição, o lapso prescricional é de quatro anos. Todavia, à luz do princípio da proporcionalidade, se a medida socioeducativa for por prazo fixo, ou se a pena máxima do delito análogo for igual ou inferior a dois anos, empregam-se tais quantitativos para o cômputo. 3. *In casu*, a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade foi determinada com prazo preestabelecido – por 4 (quatro) meses –, a prescrição, portanto, ocorre em um ano e seis meses. A execução da medida socioeducativa foi interrompida em 03.01.2012, quando o Paciente deixou de comparecer à instituição designada para a prestação de serviços comunitários. Daí, o Juízo de primeiro grau determinou, em 13.11.2014, a regressão da medida, impondo a internação, pelo período de até 3 (três) anos. Entretanto, diante da data da ocorrência do descumprimento da medida imposta (03.01.2012) até o *decisum* de regressão da medida para a internação (13.11.2014), tem-se por fulminada a possibilidade da execução da resposta estatal. [...]” (STJ, 6ª Turma, HC n. 321.729/PB, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1.9.2015, *DJe* 20.10.2015).

⁶³⁶ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 265.

⁶³⁷ “[...]. ECA. Liberdade assistida. Prescrição da pretensão executória. Súmula/STJ 338. Aplicação do instituto regulado pelo CP. Medida fixada em 12 meses. Prazo prescricional de 04 anos reduzido pela metade. Extinção da medida socioeducativa evidenciada. [...]. I. Em virtude da inegável característica punitiva e considerando a ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso de tempo foi tamanho, que retirou, da medida, sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no Código Penal. (Precedentes). II. Jurisprudência deste Tribunal,

e, quando não determinado pelo Juiz da Infância e da Juventude, considerar-se-ia o limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação, aplicado por analogia (art. 121, § 3º, do ECA) – caso em que a prescrição da pretensão executória seria de quatro anos (art. 110, *caput*, c.c. os arts. 109, *caput*, IV, e 115, todos do CP)⁶³⁸.

Para as medidas socioeducativas de *semiliberdade e internação* (arts. 112, *caput*, V e VI, e 120 a 125, todos do ECA), aplicadas sem prazo determinado (arts. 120, § 2º, e 121, § 2º, ambos do ECA), considera-se o limite superior de três anos da moldura abstrata (arts. 120, § 2º, e 121, § 3º, ambos do ECA), operando-se a prescrição da pretensão executória em quatro anos (art. 110, *caput*, c.c. os arts. 109, *caput*, IV, e 115, todos do CP). De acordo com o modelo anteriormente proposto, em caso de o marco da culpabilidade do adulto resultar menor que o limite superior abstrato de três anos das medidas socioeducativas (sublimite ou limite interno da moldura legal), entendemos que a prescrição da pretensão executória deve então ser calculada com base na quantidade da pena concreta que, em idêntica situação, seria aplicada ao adulto, por se tratar do limite superior *concreto* da intervenção socioeducativa. A *internação-sanção* (art. 122, *caput*, III, do ECA), que tem o limite superior de três meses (art. 122, § 1º, do ECA), submete-se ao prazo de prescrição da pretensão executória de um ano e seis meses, nos termos do disposto no art. 110, *caput*, c.c. os arts. 109, *caput*, inciso VI, e 115, todos do Código Penal (três anos, com redução de metade).

Em qualquer caso, deve ser respeitada a denominada prescrição etária, pelo advento da idade de vinte e um anos, que constitui o limite intransponível de incidência das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, ambos do ECA; e

consolidada na Súmula n. 338, que admite a aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, sem excepcionar a modalidade prevista no art. 110 do CP, qual seja, a prescrição da pretensão executória. III. Estabelecido o cumprimento da medida socioeducativa pelo prazo de 12 meses, deve ser considerado o prazo prescricional de 04 anos, nos termos do art. 109, inciso V, do CP, sendo que, por se tratar menor, à época da prática delitiva, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, consolidando-se em 2 anos. IV. Hipótese na qual a adolescente interrompeu o cumprimento da medida socioeducativa em 25 de fevereiro de 2008, sem que tenha sido localizada até o presente momento, devendo ser reconhecida a ocorrência da extinção da liberdade assistida, pelo advento da prescrição da pretensão executória. [...]” (STJ, 5ª Turma, HC n. 201.991/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 6.10.2011, *DJe* 14.10.2011).

⁶³⁸ “[...]. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Incidência do entendimento sedimentado na Súmula n. 338/STJ. Prazo prescricional regulado pelo máximo previsto para a internação. Constrangimento ilegal não evidenciado. [...]. 1. O art. 118, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente não estabeleceu o prazo máximo de duração da liberdade assistida, mas tão-somente a duração mínima, a qual pode ser prorrogada até o limite de 3 (três) anos, pela aplicação subsidiária do art. 121, § 3º, da mesma Lei. 2. No caso, a sentença não fixou o interregno da medida socioeducativa de liberdade assistida. Assim, na apuração da prescrição da pretensão executória deve ser levado em consideração o prazo máximo abstratamente possível, segundo as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso, dessa forma, a consumação do lapso prescricional ocorre em 4 (quatro) anos (art. 109, inciso IV, c.c. o art. 115 do Código Penal). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 695.148/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.10.2021, *DJe* 19.10.2021).

Súmula n. 605 do STJ). Ademais, aplicam-se, por analogia, as causas de interrupção da prescrição penal, tais como o recebimento da representação, a publicação da sentença ou acórdão sancionatório recorrível e o início ou continuação do cumprimento da medida socioeducativa (art. 117, *caput*, I, IV e V, do CP)⁶³⁹, bem como as causas de suspensão (art. 116 do CP). A prescrição da pretensão socioeducativa admite as modalidades superveniente (intercorrente) e retroativa (art. 110, § 1º, do CP), sendo reguladas pelos mesmos prazos da prescrição da pretensão executória das medidas socioeducativas.

Por derradeiro, analisaremos a questão da (im)possibilidade de execução provisória (imediate, antes do trânsito em julgado) das medidas socioeducativas, tema em que mais claramente aflora a ideologia do *neomenorismo* (infiltração do modelo tutelar – “Cavalo de Troia” – no direito da criança e do adolescente), que se apropria da ideia de “proteção” do adolescente para negar a proteção jurídica (sujeito de direitos) das garantias penais e processuais penais – no caso, a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF)⁶⁴⁰.

⁶³⁹ “[...]. 3. Se a prescrição penal, por analogia, se aplica aos procedimentos por ato infracional, as regras acerca da matéria, taxativamente previstas no Código Penal – inclusive no que diz respeito aos marcos interruptivos – devem servir em todos os seus termos. [...] 5. O curso da prescrição interrompeu-se pelo recebimento da representação, ocorrida em 7/10/2010 e, desde então, decorreu prazo superior a 4 anos sem a ocorrência de outras causas interruptivas da prescrição, assinaladas no art. 117 do CP. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp n. 1.422.168/RN, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 15.12.2016, *DJe* 2.2.2017).

⁶⁴⁰ A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento do *Habeas Corpus* n. 346.380, em 13 de abril de 2016, orienta-se no sentido da possibilidade de execução provisória das medidas socioeducativas: “[...]. Estatuto da Criança e do Adolescente. Efeitos da apelação. Antecipação dos efeitos da tutela. Terminologia incompatível com o procedimento por ato infracional. Condicionamento do início do cumprimento da medida com o trânsito em julgado da representação. Obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal. Princípio da intervenção precoce na vida do adolescente (parágrafo único, inc. VI, do art. 100 do ECA). Recebimento do apelo no efeito devolutivo. Aplicação imediata da medida socioeducativa. inteligência do art. 215 do ECA. Ordem denegada. [...] 4. Como bem pontuado no acórdão impugnado pelo *writ*, ‘as medidas socioeducativas têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagógico e de proteção aos direitos dos jovens’, de modo que postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em ‘perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional’. Incide, à espécie, o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente, positivado no parágrafo único, inc. VI, do art. 100 do ECA. 5. Outrossim, a despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos – e inobstante a nova redação conferida ao *caput* do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 – é importante ressaltar que continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA, o qual prevê que ‘o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte’. Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista. 6. Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. [...]”

Para tanto, tomaremos como parâmetro os argumentos constantes no Voto do Relator Ministro LUIZ FUX, proferido no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 181.447, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 4 de maio de 2020, em que se decidiu pela possibilidade de execução provisória das medidas socioeducativas⁶⁴¹ – decisão posterior ao julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, ocorrido em 7 de novembro de 2019, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de execução provisória da pena aplicada para os adultos, em face da regra de tratamento contida no princípio constitucional da não culpabilidade. Em seu Voto, o Ministro Relator inicialmente afirma:

De outro lado, em relação à possibilidade de execução da medida socioeducativa antes do trânsito em julgado da decisão judicial, impende destacar o **caráter eminentemente pedagógico** das medidas previstas no artigo 112 da Lei 8.069/90, aplicáveis ao adolescente infrator.

Com efeito, o princípio da proteção integral, que rege o ordenamento alusivo à tutela da infância e juventude, preconiza a observância do **melhor interesse da criança e do adolescente** na aplicação da legislação pertinente. Nesse sentido, tem-se que as medidas socioeducativas **não revelam características de pena**, mas, sim, de **proteção do adolescente**.

Destarte, impedir a execução da medida socioeducativa antes do trânsito em julgado da decisão **esvaziaria o seu caráter protecionista**, pois relegaria o adolescente às **mesmas condições de risco que o expuseram ao cometimento do ato infracional**.

Nesse sentido, impõe-se salientar que o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), ratificado pelo Brasil, preconiza, em seu artigo 15, que os Estados-Partes comprometem-se a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e especialmente a “*adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais*”. [...].

(STJ, 3ª Seção, HC n. 346.380/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. para acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13.4.2016, *DJe* 13.5.2016).

⁶⁴¹ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, inclusive, a execução provisória de medidas socioeducativas em meio aberto: “Agravo regimental no *habeas corpus*. ECA. Ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável. Sentença que aplicou medida de liberdade assistida. Execução imediata da medida. Possibilidade. Ausência de constrangimento ilegal. 1. ‘A partir do julgamento do HC n. 346.380/SP, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que aplica medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade’ (AgRg no HC n. 722.607/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, *DJe* de 8/4/2022). [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 813.977/PE, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 4.3.2024, *DJe* 7.3.2024).

Nesse contexto, ressalte-se que a medida socioeducativa imposta ao adolescente é aquela proporcional e adequada no momento em que a decisão fora prolatada, de modo que **postergar a sua aplicação implicaria possível prejuízo aos fins pretendidos.**

O Voto parte da negação da natureza jurídica penal (especial ou diferenciada) das medidas socioeducativas, cujo escopo seria a “proteção” do adolescente e o atendimento do “seu” melhor interesse. Sob tal perspectiva, impedir a execução provisória das medidas socioeducativas seria impedir a “proteção” do adolescente (manutenção nas “mesmas condições de risco que o expuseram ao cometimento do ato infracional”). Como se percebe, o argumento evidencia a racionalidade do modelo tutelar: a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), ao impedir a execução provisória das medidas socioeducativas, tornaria sem efeito os esforços de “salvação” do adolescente – o almejado afastamento do seu pernicioso meio ambiente familiar e social (isolamento mediante institucionalização).

A referência ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), contida no Voto, não parece pertinente, pois tal instrumento determina a adoção de “medidas especiais de proteção”, que encontram correspondência nas medidas definidas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e não nas medidas socioeducativas (art. 112 do ECA) – a indevida comistão ou assimilação entre os pressupostos da mera situação de risco (art. 98 do ECA) e do cometimento de ato infracional (art. 103 do ECA), que representa a alma (e a arma) do modelo tutelar.

O Voto acrescenta que a imediata “execução das medidas socioeducativas se mostra especialmente relevante diante da existência de limite de idade para sua aplicação”, pois, “atingida a idade de 21 (vinte e um) anos, o adolescente será liberado do cumprimento de quaisquer medidas impostas, independentemente do tempo cumprido”. O argumento, puramente utilitarista, não se sustenta em face do disposto no art. 198, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que estabelece a *preferência de julgamento* dos recursos interpostos nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude – potencializada pelo princípio constitucional da *absoluta prioridade* na efetivação dos direitos da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF, e art. 4º, *caput* e parágrafo único, do ECA). Em outras palavras: a proteção integral e o melhor interesse do adolescente se corporificam na

garantia dos seus direitos⁶⁴², entre eles o de apreciação de todos os seus recursos (ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) antes da execução da medida socioeducativa – consideração e, principalmente, *tratamento* como inocente antes do trânsito em julgado de decisão sancionatória (art. 5º, LVII, da CF). A respeito do princípio de inocência e da sua projeção como regra de tratamento do sujeito passivo da persecução penal, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO leciona:

No caso do texto brasileiro de 1988, ... é forçoso reconhecer que até pela formulação do legislador constituinte – “ninguém será considerado...” – o preceito vem referido especialmente à condição de não-culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo do Estado, vedadas quaisquer formas de tratamento que impliquem a equiparação à situação oposta. [...]. Com efeito, a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental. Por isso, as implicações mais perceptíveis do preceito, sob esse aspecto, dizem respeito à antecipação de medidas executórias contra o réu e, ainda, à disciplina das providências cautelares. Quanto às primeiras, parece ser inconciliável com o princípio constitucional qualquer forma de “execução provisória” do julgado penal, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito.⁶⁴³

O Voto ainda argumenta que a execução provisória das medidas socioeducativas encontraria arrimo no disposto no art. 215 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que estabelece a regra geral da eficácia imediata da decisão judicial (“O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”) – ao possibilitar a concessão de efeito suspensivo por decisão judicial (*ope judicis*), o dispositivo legal estabelece a regra geral do efeito meramente devolutivo⁶⁴⁴. O art. 215 do Estatuto da Criança

⁶⁴² Interpretação garantista do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (doutrina da proteção integral), que abordamos no Capítulo III.

⁶⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 42-43. Em igual sentido, MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES esclarece que, “na cultura da Civil Law, a forma mais tradicional de se compreender a presunção de inocência é considerá-la como uma garantia de que o cidadão será tratado na persecução penal como inocente. Isto é, garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 427).

⁶⁴⁴ Em igual sentido: “[...]. 2. Não há constrangimento ilegal em virtude da expedição de mandado de busca e apreensão após a sentença, uma vez que, conquanto a Lei n. 12.010/2009 tenha revogado o inciso VI do art. 198

e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), contudo, não apresenta qualquer relação de pertinência com a tutela socioeducativa: o dispositivo legal se insere na Parte Especial, Título VI (Do Acesso à Justiça), Capítulo VII, que trata da “Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, ou seja, que disciplina as tutelas socioindividual e coletiva (não a tutela socioeducativa). De outra parte, o procedimento especial de apuração de ato infracional praticado por adolescente (tutela socioeducativa) se insere no Capítulo III (Dos Procedimentos) – arts. 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – e tem o seu sistema recursal disciplinado no Capítulo IV (Dos Recursos), precisamente em seu art. 198.

Trata-se de distinção essencial para a determinação das regras recursais respectivas: v.g., nos procedimentos especiais disciplinados no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 152 a 197-F, todos da Lei n. 8.069/90), entre os quais o de apuração de ato infracional praticado por adolescente, aplica-se o prazo recursal especial de dez dias, estabelecido no art. 198, inciso II, do mesmo diploma legal (salvo nos embargos de declaração), com a contagem em dias corridos e sem a prerrogativa de prazo em dobro para o Ministério Público e a Fazenda Pública (art. 152, § 2º, do ECA)⁶⁴⁵; diversamente, em caso de ação civil pública (procedimento não disciplinado no ECA), aplica-se o prazo recursal geral de quinze dias, estabelecido no art. 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil, com o cômputo somente dos dias úteis (art. 219, *caput*, do CPC) e com a prerrogativa de prazo em dobro para o Ministério Público (art. 180, *caput*, do CPC), a Fazenda Pública (art. 183, *caput*, do CPC) e a Defensoria Pública (art. 186, *caput*, do CPC)⁶⁴⁶.

do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual conferia apenas efeito devolutivo aos recursos, e não obstante a atual redação do art. 198, *caput*, do ECA, definida pela Lei n. 12.594/2012, continua em vigor o disposto no art. 215 do ECA, segundo o qual ‘o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte’. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 686.170/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 23.11.2021, *DJe* 26.11.2021).

⁶⁴⁵ “Penal e processual penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Apuração de ato infracional. Incidência do art. 198, II, do ECA. Precedentes. Intempestividade do recurso especial. Agravo regimental desprovido. 1. ‘Nos procedimentos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, adotar-se-á o sistema recursal do Código de Processo Civil, com as adaptações da lei especial (art. 198 do ECA). Consoante o texto expresso da lei especial, em todos os recursos, salvo os embargos de declaração, o prazo será decenal (art. 198, II, ECA) e a sua contagem ocorrerá de forma corrida (art. 152, § 2º, do ECA). É intempestivo o recurso especial interposto após o prazo de 10 dias, nos termos do art. 198, II, c/c o art. 152, § 2º, do ECA’ (AgRg no AREsp n. 1.569.416/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/6/2020, *DJe* de 17/6/2020). [...]” (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp n. 2.154.011/PA, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 11.10.2022, *DJe* 18.10.2022).

⁶⁴⁶ “[...]. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Ação civil pública. Prazo recursal. Interpretação do art. 198 do ECA. [...]. 3. É consolidada a orientação desta Corte Superior no sentido de que: a) os prazos previstos no inciso II do art. 198 da Lei 8.069/90 somente são aplicáveis aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 do ECA; b) os prazos recursais dos procedimentos ordinários serão estabelecidos pelas regras gerais do Código de Processo Civil, nos termos do *caput* do art. 198 do ECA [...]” (STJ, 2ª Turma, REsp n. 839.709/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 2.9.2010, *DJe* 4.10.2010).

Portanto, o art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que determina a incorporação do sistema recursal do Código de Processo Civil, com as adaptações nele estabelecidas, constitui a norma de regência do sistema recursal pertinente ao procedimento especial de apuração de ato infracional praticado por adolescente. Em relação aos efeitos do recurso, a redação original do art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelecia que a apelação seria recebida em seu efeito devolutivo, sendo ainda conferido efeito suspensivo, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houvesse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (regra geral da eficácia imediata da decisão judicial). Posteriormente, com a revogação expressa da adaptação contida no inciso VI⁶⁴⁷, passou a incidir, quanto aos efeitos do recurso de apelação, a disciplina estabelecida no Código de Processo Civil, por força do comando contido no art. 198, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – por conseguinte, afigura-se absolutamente descabida a “aplicação supletiva” do disposto no art. 215 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), cogitada no Voto, pois nada haveria a ser suprido; busca-se, simplesmente, alcançar a eficácia imediata da decisão judicial (efeito meramente devolutivo do recurso), em sentido diametralmente oposto ao estabelecido no Código de Processo Civil (atribuição de duplo efeito ao recurso de apelação).

De acordo com o disposto no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil, o recurso de apelação, como regra geral, apresenta duplo efeito (devolutivo e suspensivo), ou seja, a interposição do recurso prolongaria a situação de ineficácia da sentença impugnada. Contudo, a decisão judicial pode começar a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação (efeito meramente devolutivo do recurso), nas situações definidas no art. 1.012, §§ 1º a 4º, do Código de Processo Civil – entre elas, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (art. 1.012, § 1º, V, do CPC⁶⁴⁸), gênero que abrange a tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) e a tutela provisória da evidência (art. 294, *caput* e parágrafo único, do CPC).

⁶⁴⁷ Lei n. 12.010/09, art. 8º.

⁶⁴⁸ Código de Processo Civil, art. 1.012: “A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, *começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: [...] V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; [...].* § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença. § 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II - relator, se já distribuída a apelação. § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.

Transplantando o sistema recursal do processo civil para o procedimento especial de apuração de ato infracional, entendemos que, em face da regra de tratamento contida no princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF), somente pode ser cogitada, na sentença sancionatória, a confirmação, a concessão ou a revogação da tutela provisória de urgência e, ainda assim, apenas a de natureza *cautelar* (art. 1.012, § 1º, V, do CPC), consubstanciada na internação provisória do adolescente, que corresponde a uma medida cautelar pessoal (art. 108 do ECA⁶⁴⁹) – de maneira similar ao que ocorre no processo penal comum dos adultos, em que o juiz, na sentença condenatória, decide “sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (art. 387, § 1º, do CPP).

Em outras palavras: da conjugação do princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF) com o disposto no art. 198, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), c.c. o art. 1.012, *caput* e § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, infere-se ser absolutamente proibida a execução provisória das medidas socioeducativas, admitindo-se somente a possibilidade de manutenção ou decretação da internação provisória, demonstrada a sua necessidade cautelar (*periculum libertatis*) – aplicando-se, subsidiariamente (art. 152, *caput*, do CPP), os requisitos estabelecidos no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 108: “A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”.

⁶⁵⁰ Esse entendimento foi adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 122.072: “*Habeas corpus*. Ato infracional. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. [...]. Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, ‘independentemente da interposição de recurso’. Inadmissibilidade. Inexistência de motivação idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como ‘norma de tratamento’. Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei n. 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil [art. 1.012 do atual CPC]. Constrangimento ilegal manifesto. [...]. 3. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), como norma de tratamento, veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena. 4. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo. 5. A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos. 6. Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida. 7. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 106 da Lei n. 8.069/90, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, ‘independentemente da interposição de recurso’. 8. Nos termos do art. 198 da Lei n. 8.069/90 e do art. 520, *caput*,

Ao final, o Voto considera que a execução provisória das medidas socioeducativas seria legitimada pelo art. 2º, inciso II, da Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça, que define a guia de execução provisória de medida socioeducativa internação ou semiliberdade como sendo “a que se refere à internação ou semiliberdade decorrente da aplicação da medida socioeducativa decretada por sentença não transitada em julgado”, o que seria corroborado pelo disposto no art. 39 da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), que “não exige certidão de trânsito em julgado para o início da execução”. Em nossa perspectiva, a guia de execução provisória de medida socioeducativa, a que alude a Resolução n. 165/12, do Conselho Nacional de Justiça, somente poderia ser cogitada no caso de, na sentença sancionatória, ser mantida ou decretada a internação provisória (medida cautelar pessoal) do adolescente (arts. 108 e 198, *caput*, ambos do ECA, c.c. o art. 1.012, § 1º, V, do CPC) – nos mesmos moldes da guia de recolhimento provisória dos adultos, em caso de prisão preventiva (Súmula n. 716 do STF e arts. 8º a 11 da Resolução n. 113/10, do CNJ).

Ademais, qualquer dispositivo legal (v.g., art. 215 do ECA, art. 39 da Lei n. 12.594/12 - Sinase) não tem o condão de se sobrepor ao comando constitucional da regra de tratamento contida no princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF), sob pena de evidente incompatibilidade vertical da normativa. Ao analisar o disposto no art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 (revogado pela Lei n. 13.105/15), que estabelecia o recebimento dos recursos extraordinário e especial no efeito devolutivo (de modo similar ao contido no art. 215 do ECA), MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES esclarece que o aludido dispositivo legal:

afronta à presunção de inocência por outra perspectiva: o legislador ordinário desconsiderou “cláusula restritiva expressa” (“até o trânsito em julgado”) estabelecida pelo Constituinte para a presunção de inocência. [...]. O constituinte, cômico de todo esse iter procedimental para a definição firme do julgado penal, definiu de modo claro e expresso que apenas ao final de todo esse trâmite cessa a presunção de inocência como norma de tratamento e a pena (definitiva) poderá ser

do Código de Processo Civil [art. 1.012 do atual CPC], a apelação interposta contra sentença que impõe medida socioeducativa de internação deve ser recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, uma vez que não importa em ‘decidir o processo cautelar’ nem em ‘confirmar a antecipação dos efeitos da tutela’ (art. 520, IV e VII, do Código de Processo Civil [art. 1.012, § 1º, V, do atual CPC]). Inadmissível, portanto, sua execução antecipada. 9. Somente a interpretação sistemática do art. 108, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90 – no sentido de que, antes do trânsito em julgado, admite-se apenas internação de natureza cautelar, cuja necessidade cumpre ao juiz demonstrar – autoriza imunizar a internação cautelar contra o efeito suspensivo da apelação. 10. Ordem concedida, para determinar a desinternação do paciente, a fim de que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença que lhe impôs a medida socioeducativa de internação, salvo a superveniência de fatos que justifiquem a adoção dessa providência cautelar” (STF, 1ª Turma, HC n. 122.072, rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.09.2014, *DJe*-189 29.09.2014).

imposta. [...] Nesses termos, a presunção de inocência é violada na medida em que se desrespeita a cláusula restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu (“até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”). Essa cláusula nasceu da intersecção entre a presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado. Necessário compreender, portanto, que os citados § 2º do art. 27 da Lei 8.038/90 e o art. 59 da Lei 11.343/09 (*sic*) preceituam real e indisfarçável antecipação de pena, desrespeitando, simultaneamente, a justificação constitucional daqueles três direitos contida na referida “cláusula restritiva” (“até o trânsito em julgado”).⁶⁵¹

Algumas decisões ainda invocam o princípio da intervenção precoce (art. 100, parágrafo único, VI, do ECA) para sustentar a execução provisória das medidas socioeducativas. Contudo, observa-se que tal princípio tem sua aplicabilidade restrita ao campo das medidas de proteção (art. 101 do ECA), tanto assim que o art. 100, parágrafo único, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao cuidar da intervenção precoce, consigna que “a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a *situação de perigo* seja conhecida”, em clara alusão ao pressuposto das medidas de proteção (situações de risco contidas no art. 98 do ECA). Assim, a despeito da norma de extensão (remissão) contida no art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), entendemos que a incorporação do disposto nos arts. 99 e 100 ao regime jurídico das medidas socioeducativas deve guardar compatibilidade com as regras e princípios inerentes ao direito infracional ou socioeducativo, não podendo implicar a negação pura e simples do princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII, da CF).

Os argumentos que sustentam a execução provisória das medidas socioeducativas corroboram a necessidade da incidência (suplementação) das garantias penais e processuais penais (respeitados os direitos especiais dos adolescentes) no direito infracional ou socioeducativo, em face da manifesta insuficiência das normas da legislação especial – inadmissibilidade da tese da absoluta independência (isolamento) do Direito da Criança e do Adolescente, que propicia instrumental (ausência de limites e formalidades) para a propagação e a consolidação do *neomenorismo* (modelo tutelar), sempre a pretexto de promover o “bem”

⁶⁵¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 444-445.

e a “proteção” (qualquer uma, menos a proteção jurídica integral) do “menor”⁶⁵². A esse respeito, ilustrativa e ainda “atual” a precisa colocação de EUGENIO CUELLO CALÓN, pronunciada em 1917:

Tratando-se de adultos, invoca-se o respeito dos direitos individuais ... pois o magistrado que julga, impõe uma pena propriamente dita, a medida que ele adota é dolorosa, é um mal para o delinquente e pode se exceder, abusar dos poderes que a lei lhe confere (não muitos, dado o espírito legalista, com excesso, da maior parte dos códigos em vigor). Mas, tratando-se de menores a quem não se vai impor uma pena, para fazer sofrer um *mal*, mas para tomar uma medida de proteção e de tutela, para tomar uma medida *boa*, não cabe o excesso nem o abuso. **No bem não existe excesso.**⁶⁵³

⁶⁵² A ideia da prevalência do “escopo ressocializador” sobre as garantias penais e processuais penais emerge claramente na jurisprudência dos Tribunais Superiores: “[...]. 2. Prevalece o entendimento de que condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado na sentença *constitui obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal*, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. [...]” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC n. 459.153/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16.10.2018, *DJe* 5.11.2018).

⁶⁵³ CALÓN, Eugenio Cuello. **Tribunales para niños**. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917. p. 37-38.

Conclusões

Ao final da presente pesquisa, podemos apresentar as seguintes conclusões:

1. Os principais aspectos que a doutrina reconhece como inerentes a uma sanção penal (elementos ou dados essenciais do conceito de pena) são (i) a privação de um bem (direito) objetivamente considerado; (ii) a existência de uma prévia ofensa jurídica; (iii) a imposição ao autor (ou partícipe) da ofensa jurídica; (iv) a inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor; e (v) a imposição por uma autoridade (institucionalização da pena).
2. Independentemente de ser considerada um “bem”, um “mal” ou apenas algo com um componente de valor negativo, a pena implica a privação de um bem (direito) objetivamente considerado, tal como a vida (pena de morte), a liberdade (prisão penal) ou a propriedade (penas pecuniárias).
3. A existência de uma prévia ofensa jurídica consiste na violação de uma norma penal incriminadora, tendo como pressuposto uma conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade – juízo de reprovação social (ofensa moral, referida a uma moral social ou “intersubjetiva”) –, ou seja, a presença de todos os estratos do conceito analítico de crime.
4. A imposição da pena deve ser direcionada ao pretense autor (ou partícipe) da ofensa jurídica, ainda que posteriormente apurada a inocência do condenado e, por conseguinte, a injustiça daquela imposição.
5. Em face da necessidade de sua inflição intencional por seres humanos distintos do ofensor, afastam-se do conceito de pena os desastres naturais, os danos acidentais, o castigo religioso (de origem divina) e o autocastigo.
6. O ordenamento jurídico estabelece as regras de investidura (jurisdição) e de competência, com a predeterminação da autoridade competente (juiz natural) para o processo e o julgamento dos casos concretos (CF, art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), evidenciando, assim, a necessidade da imposição das penas por uma autoridade – institucionalização da pena.
7. Os elementos (dados essenciais) do conceito de pena são todos identificados no regime jurídico estabelecido para as medidas socioeducativas. A apreciação individual das medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, I a VI, do ECA) demonstrou que, em seu aspecto ontológico,

cada uma delas apresenta alguma carga de sanção (privação de um bem ou direito objetivamente considerado), de progressiva intensidade, que encontra correspondência em diversas formas de punição contempladas no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos.

8. A medida socioeducativa de advertência (art. 112, *caput*, I, do ECA) encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, especificamente no preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas).

9. A medida socioeducativa de reparação do dano (arts. 112, *caput*, II, do ECA) encontra correspondência na pena restritiva de direitos de prestação pecuniária (efeito penal principal da condenação penal), cominada no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (art. 45, §§ 1º e 2º, do CP).

10. A medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (arts. 112, *caput*, III, do ECA) encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente na pena restritiva de direitos estabelecida nos arts. 43, inciso IV, e 46, ambos do Código Penal.

11. A medida socioeducativa de liberdade assistida (arts. 112, *caput*, IV, do ECA) encontra correspondência no livramento condicional, disciplinado no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos (arts. 83 a 90, todos do CP), que consubstancia forma de cumprimento da pena (substitutivo ou sucedâneo penal), mediante antecipação da liberdade (ainda que sob condições ou restrições), representando a etapa final de um regime progressivo de execução da pena privativa de liberdade.

12. A medida socioeducativa de semiliberdade (arts. 112, *caput*, V, do ECA), que possibilita a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial (art. 120, *caput* e § 1º, do ECA) e sem vigilância direta, encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente no regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade, que se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade (art. 36, *caput* e § 1º, do CP, e arts. 93 a 95, todos da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal).

13. A medida socioeducativa de internação (arts. 112, *caput*, VI, do ECA), que possibilita a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade (independe de ordem judicial), salvo expressa determinação judicial em contrário (art. 121, § 1º, do ECA), com vigilância direta, encontra correspondência no modelo de responsabilidade penal comum dos adultos, precisamente no regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, que

admite a prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (arts. 36, *caput*, e 37, *caput*, ambos da Lei n. 7.210/84 - LEP).

14. A imposição das medidas socioeducativas pressupõe a existência de uma prévia ofensa jurídica (violação de uma norma penal incriminadora), consistente em conduta (ação ou omissão humana) dotada dos atributos da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade (especial do adolescente) e da punibilidade, por força da regra de proporcionalidade contida no art. 56 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad, incorporada ao art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase) – o adolescente não pode responder por conduta que, quando praticada por um adulto, não seria punida.

15. O art. 114, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), contempla a imposição da sanção ao pretenso autor (ou partícipe) da ofensa jurídica, ao estabelecer que a imposição das medidas socioeducativas de reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (art. 112, II a VI, do ECA) pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão (art. 127 do ECA).

16. Do mesmo modo, o art. 189, *caput*, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao determinar a não aplicação de qualquer medida, desde que o Juiz da Infância e da Juventude reconheça, na sentença, “não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional”, *a contrario sensu*, reclama que a imposição da sanção especial ou diferenciada se direcione ao pretenso autor (ou partícipe) da ofensa jurídica.

17. Afigura-se inconstitucional o disposto no art. 114, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que se contenta com indícios suficientes da autoria para a aplicação da medida socioeducativa de advertência (exige prova apenas da materialidade do ato infracional imputado), em face da regra probatória contida no princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF, e art. 156, *caput*, do CPP) e dos efeitos secundários de qualquer medida socioeducativa aplicada em sentença sancionatória – possibilidade de internação em atos infracionais posteriores, por “reiteração no cometimento de outras infrações graves” (art. 122, II, do ECA).

18. A inflição intencional da sanção por seres humanos distintos do ofensor e a sua imposição por uma autoridade (institucionalização da pena) emergem das regras de competência

estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A autoridade competente para a aplicação das medidas socioeducativas (art. 112, *caput*, do ECA) é o Juiz da Infância e da Juventude (art. 146 do ECA), por se tratar de atividade tipicamente jurisdicional: o art. 148, *caput*, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), estabelece a competência material (*ratione materiae*), exclusiva e incondicionada, da Justiça da Infância e da Juventude para “conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis”.

19. A partir da incorporação da Doutrina da Proteção Integral (art. 227, *caput*, da CF, e art. 1º do ECA), as crianças e os adolescentes passam a ser considerados sujeitos de direitos e garantias, que podem ser exercidos contra (relações subordinantes) o Estado, a sociedade e a família (art. 100, parágrafo único, I a III, do ECA). As normas jurídicas são agora dirigidas para a proteção de crianças e adolescentes (e não mais o controle social por meio da tutela estatal), mediante o reconhecimento de direitos específicos (art. 3º, *caput*, do ECA) decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA). Por isso a preferência legislativa pela denominação “Estatuto”, que indica o reconhecimento de direitos (proteção integral), em lugar de “Código” (ideia de punição).

20. A proteção ser integral significa que deve alcançar todas as crianças e adolescentes (universalidade da sua titularidade) e ser abrangente de todos os seus interesses e necessidades (indivisibilidade dos seus direitos). A proteção integral, portanto, apresenta diferentes dimensões, simultâneas e complementares: (i) dimensão pessoal ou subjetiva (ativa e passiva); e (ii) dimensão material ou objetiva (aspectos negativo e positivo).

21. A dimensão pessoal ou subjetiva se divide em ativa (titularidade de direitos) e passiva (titularidade de deveres). A dimensão pessoal (subjetiva) ativa compreende todas as crianças e adolescentes, independentemente da sua situação (“regular” ou “irregular”), como sujeitos de direitos, promovendo assim a igualdade no tratamento jurídico das pessoas menores de 18 anos de idade (art. 3º, parágrafo único, do ECA). Trata-se da universalidade (no plano da titularidade) ou inerência dos direitos da criança e do adolescente, que consiste na sua atribuição a toda e qualquer pessoa menor de dezoito anos de idade, sem qualquer consideração situacional: para o exercício de tais direitos, basta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, inerente a qualquer criança ou adolescente (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA).

22. A dimensão pessoal (subjativa) passiva obriga todos (Estado, sociedade, comunidade e família) a respeitar e a assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e adolescentes (art. 227, *caput*, da CF, e art. 4º, *caput*, do ECA). Trata-se do dever de cooperação ou de solidariedade, que atribui a todos a obrigação de prevenir e coibir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do ECA).

23. A dimensão material ou objetiva compreende todos os interesses e necessidades da criança e do adolescente (a totalidade do ser humano, em seus aspectos físico, mental, moral, espiritual e social), tanto os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana como os específicos decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 227, *caput*, da CF, e art. 3º, *caput*, do ECA).

24. A dimensão material (objetiva) da proteção integral apresenta dois aspectos: (i) aspecto negativo: imposição de proibições ou limitações (obrigações negativas ou dever de abstenção) para o Estado, sociedade e família, sendo-lhes vedada qualquer intervenção indevida nos direitos de liberdade (esfera de autonomia) da criança e do adolescente, bem como toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da CF); (ii) aspecto positivo: imposição de prestações (obrigações positivas ou dever de ação) pelo Estado, sociedade e família, que devem assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade (efetividade), os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura (direitos de igualdade) e à convivência familiar e comunitária (art. 227, *caput*, da CF). Tais prestações ainda se dividem em jurídicas (elaboração de normas jurídicas, como o ECA) e materiais (prover condições reais para a fruição dos direitos pela criança ou adolescente, tais como o fornecimento de medicamentos, vagas em creche ou pré-escola, ambiente familiar sadio).

25. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente encontra alicerce em dois pilares ou regras fundamentais: a prioridade absoluta, que busca dar concretude e imprimir efetividade (posição de precedência na escala de realizações do mundo jurídico) aos direitos da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF, e art. 4º, parágrafo único, do ECA), e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que propicia a justificação (legitimação) do tratamento especial ou diferenciado estabelecido para essa categoria de sujeitos de direitos (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA), pois considera a criança e o adolescente por aquilo que são (singularidade e completude relativa) em determinado momento da sua vida. Em suma, prioridade absoluta e respeito à condição peculiar de pessoa

em desenvolvimento constituem instrumentos de garantia da proteção integral da criança e do adolescente.

26. A prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, porque estabelecida diretamente em norma constitucional (art. 227, *caput*, da CF), pode ser considerada uma prioridade absoluta normativamente qualificada, em face daquela contemplada para a pessoa idosa (art. 3º da Lei n. 10.741/03) e da prioridade assegurada para a pessoa com deficiência (art. 8º da Lei n. 13.146/15), ambas com assento infraconstitucional.

27. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento representa o suporte ontológico da proteção integral, justificando a tutela jurídica diferenciada (especial) dessa categoria de sujeitos de direitos: a criança e o adolescente não devem mais ser considerados a partir de suas incapacidades (civil de fato ou de exercício) ou potencialidades (futuro adulto), mas concebidos como seres humanos plenos (e não “menores” ou incompletos), respeitado o seu grau de desenvolvimento – condição peculiar, que legitima o reconhecimento de direitos especiais, ao lado de todos os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana (art. 227, *caput*, da CF, e art. 3º, *caput*, do ECA).

28. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consagrado no art. 3º, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), significa a plena satisfação de seus direitos, atuando como um limite ao paternalismo ou ao autoritarismo estatal: o juiz (qualquer autoridade) não “constitui” soluções jurídicas a partir do nada (subjetivismo), mas em estrita sujeição, na forma e no conteúdo, aos direitos normativamente estabelecidos para a proteção de crianças e adolescentes.

29. Considerando a identidade dos seus aspectos estruturais (antecedente, pressuposto e efeitos), podemos concluir que as medidas socioeducativas têm a natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa).

30. Por força da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA), tal pena especial ou diferenciada apresenta qualidade distinta das penas comuns cominadas para os adultos, com preponderância da finalidade de prevenção especial positiva (dentro do limite superior de três anos – moldura abstrata – e do sublimite da culpabilidade do adulto) e observados os parâmetros estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90).

31. A natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa) foi reconhecida no disposto no art. 1º, § 2º, incisos I e III, da Lei n. 12.594/12

(Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), que estabelece como objetivos das medidas socioeducativas a responsabilização do adolescente e a desaprovação da conduta infracional.

32. A natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes (imputabilidade socioeducativa), identificada nas medidas socioeducativas, implica o reconhecimento de um modelo de direito penal especial para adolescentes, que não pretende a repressão (discurso punitivo) ou a superação dos princípios e peculiaridades inerentes ao direito da criança e do adolescente (supressão da doutrina da proteção integral por meio da sua colonização pelo direito penal), mas apenas a incorporação das garantias penais e processuais penais (*plus*) em tema de ato infracional e medidas socioeducativas, sempre respeitados os direitos especiais dos adolescentes.

33. A proposta de um direito penal especial para adolescentes converge com os postulados da doutrina da proteção integral (modelo de responsabilidade), na medida em que busca promover a incidência de todas as garantias penais e processuais penais dos adultos (“todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”), acrescidas e moduladas pela conformação dos direitos especiais reconhecidos aos adolescentes, decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e arts. 3º, *caput*, e 6º, *in fine*, ambos do ECA).

34. O direito penal especial para adolescentes possibilita uma relação de complementaridade entre os direitos especiais dos adolescentes e as garantias penais e processuais penais dos adultos (acoplamento estrutural entre o sistema do direito da criança e do adolescente e o sistema do direito penal e processual penal).

35. O direito penal especial para adolescentes apresenta maior potencial de rendimento como meio de contenção do poder punitivo (poder penal em sentido amplo), ainda que latente, por promover a ampliação das garantias estabelecidas no direito da criança e do adolescente.

36. Trata-se de um modelo de imputabilidade socioeducativa (resposta especial ou diferenciada): premido pelas determinações constitucionais da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade (art. 228 da CF) e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF), o legislador estabeleceu um sistema de sanções penais (penas especiais) qualitativamente diferenciado das penas cominadas para os adultos, orientado por princípios e critérios de determinação diametralmente opostos – indeterminação

relativa (*a priori*) tanto da medida socioeducativa (sanção flutuante) como da sua dimensão temporal (brevidade).

37. A finalidade de prevenção especial positiva, preponderante nas medidas socioeducativas (dentro da moldura do limite temporal superior de três anos e do sublimite da culpabilidade do adulto), deve observar os parâmetros do art. 40, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), segundo o qual o adolescente infrator tem o direito de ser tratado de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a sua idade e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. O art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase), ainda estabelece como objetivo das medidas socioeducativas a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento.

38. Trata-se da finalidade de prevenção especial positiva socializadora, em seu programa mínimo (oferta de condições para não reincidência). A finalidade socializadora das medidas socioeducativas não busca a imposição coativa de valores ao sujeito, limitando-se a uma “educação para o direito”, que almeja a integração social do adolescente, no sentido de não serem praticadas infrações penais, ou seja, respeito pela legalidade penal.

39. O gênero sanção penal abarca três modalidades de resposta estatal para o cometimento de uma conduta definida como infração penal (modelo de tripla via): (i) penas para os adultos (modelo de responsabilidade penal comum ou central); (ii) medidas de segurança para os adultos sem capacidade de culpabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (substituição do pressuposto da culpabilidade pela periculosidade); e (iii) medidas socioeducativas (penas especiais) para os adolescentes (modelo de responsabilidade penal especial ou diferenciado).

40. Adotado o modelo de *status* jurídico de fundamentação da (in)imputabilidade (penal e socioeducativa), entendemos que o limite inferior (idade inicial) para a incidência da responsabilidade penal especial ou diferenciada (imputabilidade socioeducativa) deveria ser estabelecido em correlação com o dever de educação (educação escolar ou formal, por meio do ensino) imposto ao Estado (art. 208 da CF).

41. Assim, considerando os objetivos e o alcance do ensino fundamental obrigatório (art. 32, *caput* e § 5º, da Lei n. 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), iniciado

aos seis anos de idade, com duração de nove anos, entendemos que o termo inicial da responsabilidade penal especial ou diferenciada (imputabilidade socioeducativa) deveria estar posicionado em quatorze anos de idade, que coincide com a conclusão do ensino fundamental obrigatório. Tal decisão político-criminal ainda corrigiria a distorção entre o atual limite inferior da responsabilidade por ato infracional (doze anos) e a determinação legal absoluta de vulnerabilidade sexual dos menores de quatorze anos de idade (art. 217-A, *caput* e § 5º, do CP, e Súmula n. 593 do STJ).

42. O modelo atual implica o reconhecimento de uma capacidade paradoxal para adolescentes entre doze e quatorze anos de idade: absoluta incapacidade para manifestar consentimento em relações sexuais e plena capacidade de responsabilidade penal especial ou diferenciada por atos infracionais (imputabilidade socioeducativa).

43. A respeito das implicações materiais da natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes, identificada nas medidas socioeducativas, consiste na necessidade de determinação da pena concreta que seria aplicada, em idêntica situação, a um adulto (paradigma da intervenção penal comum). O resultado desse procedimento deve incidir como limite superior concreto para a aplicação e a execução da medida socioeducativa, desde que a pena apurada para o adulto seja mais branda que o correspondente limite superior abstrato – três anos de semiliberdade ou de internação, a depender da ausência ou da presença das situações legais contidas no art. 122, *caput*, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Em tal caso, impor-se-ia o respeito a um sublimite qualitativo (modalidade de medida socioeducativa a ser aplicada) e quantitativo (prazo da medida a ser executada).

44. A culpabilidade do adulto (paradigma da intervenção penal comum) incidiria apenas como sublimite superior (“subteto”) ou limite interno, dentro da moldura abstrata de três anos (art. 121, § 3º, do ECA), mas nunca como “ponto ideal” ou limite inferior (“pisso”) a ser alcançado pela medida socioeducativa – efeito unidirecional.

45. As necessidades de prevenção especial positiva não podem transcender o marco da culpabilidade do adulto como limite superior concreto (função de garantia ou proteção), mas podem legitimar a renúncia ou a mitigação da intervenção socioeducativa (para evitar a dessocialização, a reincidência ou a cronificação de uma vida infracional), com base nos princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente.

46. Portanto, a “proporcionalidade em relação à ofensa cometida” (art. 35, IV, da Lei n. 12.594/12 - Sinase) não opera como critério de orientação para a determinação ou a execução da medida socioeducativa (não se trata de “ponto ideal” nem limite inferior), mas como limite superior concreto para as necessidades de prevenção especial positiva (preponderantes no modelo de responsabilidade especial ou diferenciada dos adolescentes).

47. Em caso de ato infracional definido como crime de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada exclusiva, a intervenção ministerial estaria subordinada a eventual manifestação de vontade positiva por parte do titular dos direitos de representação ou de queixa, respectivamente (condição de procedibilidade).

48. O reconhecimento da natureza jurídica de pena especial ou diferenciada para adolescentes atrai a incidência da prescrição penal como limite para a aplicação e a execução das medidas socioeducativas (Súmula n. 338 do STJ), notadamente quando considerada a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF, e art. 6º, *in fine*, do ECA).

49. O principal fundamento penal da prescrição (desnecessidade preventivo-especial da sanção) radica na ideia de que, com o decurso do tempo, o sujeito que se encontra diante do juízo da execução não seria aquele que foi condenado, menos ainda aquele que praticou a conduta. Se assim sucede com os adultos, *a fortiori*, sucede com os adolescentes – em permanente transformação (aspecto dinâmico da adolescência).

50. O parâmetro adequado para a determinação do prazo de prescrição da pretensão socioeducativa (abstrata) consiste no limite superior de três anos (moldura abstrata) da medida socioeducativa de internação (art. 121, § 3º, do ECA), por se tratar da sanção máxima do modelo de responsabilidade especial ou diferenciada dos adolescentes (regra da especialidade) – com a aplicação do prazo de prescrição penal dos adultos (quando inferior) e da prescrição etária (vinte e um anos de idade).

51. Em face da regra de tratamento contida no princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF), somente pode ser cogitada, na sentença sancionatória, a confirmação, a concessão ou a revogação da tutela provisória de urgência e, ainda assim, apenas a de natureza cautelar (art. 198, *caput*, do ECA, c.c. o art. 1.012, § 1º, V, do CPC), consubstanciada na internação provisória do adolescente, que corresponde a uma medida cautelar pessoal (art. 108 do ECA) – de maneira similar ao que ocorre no processo penal comum dos adultos, em que o juiz, na sentença condenatória, decide “sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão

preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (art. 387, § 1º, do CPP).

52. Portanto, da conjugação do princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF) com o disposto no art. 198, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), c.c. o art. 1.012, *caput* e § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, infere-se ser absolutamente proibida a execução provisória das medidas socioeducativas, admitindo-se somente a possibilidade de manutenção ou decretação da internação provisória, demonstrada a sua necessidade cautelar (*periculum libertatis*) – aplicando-se, subsidiariamente (art. 152, *caput*, do CPP), os requisitos estabelecidos no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal.

Referências

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 1 (dezembro-janeiro de 2008). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.
- AMADO, Juan Antonio García. **Retribuição e justificação do castigo penal**. Sobre delitos e castigo: ensaios. Tradução: Caio Badaró Massena. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra, 1980.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**, vol. I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1895.
- ARENDT Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Natureza jurídica**. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 54. Coordenação: Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 95-96. Em igual sentido: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, vol. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil**. IUS ET VERITAS, vol. 5 (n. 10 - 5 out. 1995). Lima: PUCP, 1995.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BELOFF, Mary. **Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)**. Infancia, ley y democracia en América Latina, tomo I. Compiladores: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004.
- BETEGON, Jeronimo. **La justificacion del castigo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. **Infancia, Ley y democracia en América Latina**. Coordenação: Emilio García Méndez, Mary Beloff. 3. ed. Bogotá: Temis, 2004.

CALÓN, Eugenio Cuello. **Tribunales para niños**. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917.

CARRANZA, Elias. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar**: a criança, o adolescente e a família na política social do município. Série Direitos da Criança, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A política das garantias no contexto da crise: a visão do Estado. **Do Avesso ao Direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. Organização: Cecília Simonetti, Margaret Blecher, Emilio García Méndez. São Paulo: Malheiros, 1994.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Socioeducação**: estrutura e funcionamento da comunidade educativa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas**: conceitos e princípios norteadores. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional** – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do Direito da Criança e do Adolescente. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: anotado e interpretado. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Especial, volume I, tomo segundo (A Criança no Direito Internacional). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima de crime**. *Justitia*, ano 53, vol. 156, out./dez. 1991. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade assistida no Estatuto da criança e do adolescente**: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3066].

FREITAS, Ana Maria Gonçalves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos jurídicos da Lei n. 13.431/2017: a escuta especializada e o depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, v. 33 (maio-jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

GIORGI, Alessandro De. **Punishment and political economy**. The SAGE Handbook of Punishment and Society. Coordenação: Jonathan Simon e Richard Sparks. Londres: SAGE Publications Ltd, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRAMATICA, Filippo. **Princípios de defesa social**. Santiago: Olejnik, 2019.

GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. **Derecho penal juvenil**. Barcelona: Bosch, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Prolegomenon to the principles of punishment**. Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law. Oxford: University Press, 1968.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Organização: Richard Tuck. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

KLEINIG, John. **Punishment and desert**. Haia: Martinus Nijhoff, 1973.

LAMENZA, Francimar. **Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado**. Organizador: Antônio Cláudio da Costa Machado. Barueri, SP: Manole, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MABBOTT, John David. **Punishment**. Mind, vol. 48 (n. 190 - abril 1939). Oxford: University Press, 1939. p. 152-167. <https://doi.org/10.1093/mind/XLVIII.190.152>

MABBOTT, John David. **Professor Flew On Punishment**. Philosophy, vol. 30 (n. 114). Cambridge: University Press, 1955. p. 256-265. doi:10.1017/S0031819100034756.

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

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. **História social da infância no Brasil**. Organização: Marcos Cezar de Freitas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

McPHERSON, Thomas. **Punishment: definition and justification**. Analysis, vol. 28 (n. 1 - outubro 1967). Oxford: University Press, 1967. p. 21-27. <https://doi.org/10.1093/analys/28.1.21>

MÉNDEZ, Emilio García. A doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas. **Das necessidades aos direitos**. Emilio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa. Série Direitos da Criança, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1994.

MÉNDEZ, Emilio García. História da criança como história do seu controle. **Das necessidades aos direitos**. Emilio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa. Série Direitos da Criança, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1994.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infancia: ¿Hacia dónde van sus derechos?**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2017.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução: Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2019.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção: a imputabilidade penal do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIR, José Cerezo. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: B de F, 2008.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização**. Stvdia Ivridica 80 - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTERO, Pedro Dorado. **Los peritos médicos y la justicia criminal**. Madrid: Reus, 1905.

MONTERO, Pedro Dorado. **El derecho protector de los criminales**, vol. I. Pamplona: Analecta, 1999.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **A prática de ato infracional**. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Coordenação: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Tradução: Paulo César Lima de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; AISA, Estrella Escuchuri. **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Coordenação: Miguel Ángel Boldova Pasamar e Carmen Alastuey Dobón. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2023.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Cortez, 2024.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. **Curso de derecho penal**: parte general I. Madrid: Universitas, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. **A família na travessia do milênio** - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, OAB-MG, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PLATT, Anthony M.. **Los “salvadores del niño”**: o la invención de la delincuencia. Tradução: Félix Blanco. México: Siglo veintiuno, 2014.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase**: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições de direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

RAMÍREZ, Juan José Bustos. **Imputabilidad y edad penal**. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Compiladores: Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi e Iñaki Dendaluce Seguro. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. **Two Concepts of Rules**. The Philosophical Review, vol. 64, n. 1, jan-1955, p. 3-32. <https://doi.org/10.2307/2182230>.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Organização: Irene Rizzini e Francisco Pilotti. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RIZZINI, Irene; CELESTINO, Sabrina. A cultura da institucionalização e a intensificação das práticas de confinamento de crianças e adolescentes sob a égide da Funabem. **História social da infância no Brasil**. Organização: Marcos Cezar de Freitas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

RÖDER, Cárlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Tradução: Francisco Giner. 3. ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. **Comentário da Lei Tutelar Educativa**. Coimbra: Coimbra, 2003.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **La sanción penal juvenil**. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Serie de políticas sociales, n. 5. San José: UNICEF, 2000.

ROSARIO, Iris. La capacidad disminuida como reto a las renunciadas de jurisdicción. **Nuevos problemas de la justicia juvenil**. Dirección: Mary Beloff. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña (diretor), Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. Diretor: Julio Díaz-Maroto y Villarejo. 2. ed. Pamplona: Civitas, 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **La pena como institución jurídica**: retribución y prevención general. Buenos Aires: BdeF, 2020.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **El nuevo Código Penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

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

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal**. Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. Organizadores: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA. São Paulo: ILANUD, 2006.

SOTTO MAIOR, Olympio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. Coordenação: Munir Cury, Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VEYNE, Paul. O império romano. **História da vida privada**, vol. 1 (Do Império Romano ao ano mil). Organização: Paul Veyne. Tradução: Hildegard Feist. Direção da coleção: Philippe Ariès, Georges Duby. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, vol. I (teoria geral do direito penal). Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, vol. V. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume I (parte geral). 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2020.