

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Júlia Figueiredo Hahne

**A NEGLIÊNCIA ESTATAL PARA COM OS MENORES
INFRATORES: Um estudo sobre sua eficácia**

São Paulo

2022

Júlia Figueiredo Hahne

**A NEGLIÊNCIA ESTATAL PARA COM OS MENORES
INFRATORES: Um estudo sobre sua eficácia**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Maria Eugênia Rudge Leite.

Orientadora: Profa. Maria Eugênia Rudge Leite

São Paulo

2022

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos...

A Deus, pois sem dúvida ele é o grande responsável por guiar e iluminar nosso caminho com o objetivo de alcançarmos nossas conquistas.

Aos meus pais, minha mãe Raquel e meu pai Ricardo, por serem grandes exemplos na minha vida, por sempre demonstrarem seu amor por mim, por serem meus grandes incentivadores a que eu siga meus sonhos e corra atrás de tudo aquilo que desejo. Por me darem todo o suporte e ótimas oportunidades de ensino, o que me fez, sem dúvidas, chegar até aqui. Por me ajudarem a enfrentar todas as minhas dificuldades, escutarem minhas reclamações e sempre continuarem ao meu lado me dando o maior suporte.

Ao meu irmão, Rodrigo, que é o maior responsável por alegrar meus dias, me divertir e me fazer dar grandes risadas. Com certeza é pensando nos direitos dele, como criança, que faço dessa uma das minhas grandes lutas. Nos momentos em que precisei de apoio, parar e brincar com ele fez total diferença ao longo de todo esse período da faculdade.

Aos meus avós, paternos e maternos, por sempre me incentivarem, acreditarem em mim, me darem muito carinho e suporte. Por serem meus grandes exemplos. Em especial ao meu avô, Celso que, infelizmente, não está mais entre nós, mas sempre foi uma grande inspiração para mim e, sem dúvidas, era um dos meus grandes admiradores e com certeza está muito orgulhoso do caminho que estou traçando.

Ao meu namorado, Théo, por ter escutado todas as minhas reclamações, meus anseios ao longo de toda essa trajetória da universidade. Por ter lido e me dado diversas dicas de como seguir o melhor caminho para elaborar essa monografia, por me incentivar e por sempre estar ao meu lado.

As minhas grandes amigas, Giuliana, Fernanda, Camila e Vitória, que me acompanham desde a época da escola e são muito importantes na minha trajetória. Aos meus amigos da faculdade, em especial à Tathyana, que cursou todos os anos comigo e que sempre nos incentivamos e nos ajudamos.

A todos os professores que passaram pela minha vida, sem dúvidas fizeram a diferença para a minha trajetória profissional e para a minha visão como cidadã. Em especial à minha orientadora Maria Eugênia, por ter sido a grande responsável pela minha paixão pelo Direito Penal.

*“All our dreams can come true,
if we have the courage to persue them.”*

(Walt Disney)

RESUMO

Este trabalho tem como cerne a problemática da execução de medidas socioeducativas no Brasil. Para entender sobre o assunto o trabalho apresentará quais são os princípios aplicados ao Direito Penal e que servem como base, também, para a questão dos menores infratores. Serão abordados, também, os princípios e as finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, para entendermos como essa lei apresenta garantias e direitos a esses indivíduos, inclusive para aqueles que praticam atos infracionais. Trataremos sobre o ato infracional e suas diferenças em relação ao crime, passando por um panorama geral sobre as penas e as diferenças dessas para as medidas socioeducativas, explicando, ainda, quais são as medidas que existem e seus objetivos. A análise dos temas mencionados será elaborada com vistas a concluir se o modelo hoje adotado no Brasil, que tem como objetivo ressocializar e reeducar os adolescentes infratores, é eficaz ou não.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO – Evolução da proteção à criança e ao adolescente.....	8
2	PRINCÍPIOS E FINALIDADES DO DIREITO PENAL.....	11
3	ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	21
3.1	Princípios e Finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	24
3.2	Direitos e garantias do menor infrator.....	29
4	ATO INFRACIONAL	34
4.1	O Ato infracional e as principais diferenças frente ao conceito de crime	34
5	A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS FRENTE AO CONCEITO DE PENA.....	50
5.1	Quais são, objetivos e aplicação das medidas socioeducativas.....	60
6	A EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	71
7	CONCLUSÃO	89
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

1 INTRODUÇÃO – Evolução da proteção à criança e ao adolescente

Antes de adentrarmos, especificamente, nos temas que serão abordados no presente trabalho, necessário fazermos uma introdução demonstrando, sinteticamente, a forma como surgiram os direitos das crianças e dos adolescentes, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio da Proteção Integral – que será explicado no primeiro item do capítulo 3.

As crianças e os adolescentes nem sempre receberam atenção por parte da sociedade, já que, em alguns momentos ao longo da história, esse período da vida era entendido como uma fase de transição para a vida adulta, na qual não eram reconhecidas as características peculiares desses indivíduos. Foi a partir do século XX que a sociedade reconheceu as crianças e os adolescentes como sendo atores sociais, os quais possuem uma participação ativa e extremamente importante para a construção do ambiente em que vivemos, surgindo a necessidade de proteção a eles e a conquista dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Na Idade Antiga, por exemplo, as crianças eram desprezadas e não recebiam nenhum tipo de proteção especial, ficando expostas a condições precárias de crescimento e a explorações. Um exemplo disso é que na Roma Antiga o trabalho infantil era comum e muitas crianças das classes baixas acabavam por ser escravizadas.

Nessa época a sociedade via as crianças como “adultos em miniatura” e, por isso, eram tratados de forma similar aos adultos. A consequência disso era a recorrência de abandonos e alto índice de mortes desses indivíduos.

A partir da modernidade ocorreram mudanças no entendimento sobre a criança e o adolescente. Nesse período a Igreja Católica começou a difundir a ideia de que a criança era responsável por mediar o céu e a terra, fazendo com que quem matasse crianças fosse acusado de bruxaria. Foi nesse momento que se percebeu

que as crianças e os adolescentes formavam um grupo separado dos adultos, que possuía características próprias. Mesmo com esse entendimento, ainda não existiam garantias a esse grupo, a mortalidade era extremamente alta e havia muita precariedade, como por exemplo, na Revolução Industrial, onde as crianças e adolescentes trabalhavam em situações exaustivas e degradantes e praticamente não eram remuneradas por isso.

A Idade Contemporânea foi a responsável por integrar a criança e o adolescente como indivíduos pertencentes à sociedade, já que, a partir desse momento crianças e adolescente começaram a ser enxergados como indivíduos que possuíam suas próprias necessidades, seu próprio modo de agir e de pensar.

Com isso, no século XIX surgiram as primeiras movimentações em torno de uma justiça específica para crianças e adolescentes. Os Estados Unidos, por exemplo, instituíram o primeiro Tribunal para Crianças no ano de 1899, na cidade de Chicago.

No século XX, devido à falta de proteções especiais para as crianças e adolescentes, continuaram a ser desenvolvidas ideias de que esse grupo encontrava-se em situações injustas e que, portanto, deveriam receber maior proteção, tanto social como jurídica.

É exatamente por isso, que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) delimitou, por exemplo, a idade para o trabalho infantil. Ademais, a organização não governamental “Save the Children”, que tinha como objetivo o auxílio aos órfãos da primeira guerra mundial, elaborou a Declaração dos Direitos das Crianças, aprovado em 1924 em Genebra, instrumento que representou o surgimento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Com a Segunda Guerra Mundial, foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pela publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual prevê que todos devem ter suas dignidades e direitos fundamentais garantidos, citando, explicitamente, o direito à assistência especial às

mães e crianças e a proteção social das crianças e adolescentes, nascidos dentro ou fora do matrimônio.

Ao longo do tempo alguns outros tratados foram assinados como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O ano de 1979 foi considerado o “Ano Internacional da Criança”, tendo a ONU começado a trabalhar na elaboração de um novo tratado internacional para proteção dos direitos desses indivíduos, que seria baseado na chamada Doutrina da Proteção Integral e, mais tarde, foi elaborado e aprovado sob o nome de “Convenção sobre os Direitos das Crianças”.

Essa convenção reconhece direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos com prioridade absoluta à criança e ao adolescente em todas as suas fases da vida. Ficou consolidado, então, em nível internacional, a Doutrina da Proteção Integral, agregando dignidade e respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes.

O documento representou um grande avanço para os direitos desses indivíduos e influenciou algumas normas de proteção em todo o mundo, como por exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil.

O Estatuto foi o responsável pelo maior avanço da legislação brasileira no reconhecimento de direitos das crianças e dos adolescentes, quebrando alguns dos ideais presentes no Código do Menor – que era antes a legislação protetiva desses indivíduos – e garantindo a eles direitos mais específicos e especiais, inclusive em relação à prática de atos ilegais por esses indivíduos, não previstos no Código Penal, os quais serão abordados ao longo deste trabalho.

2 PRINCÍPIOS E FINALIDADES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal tem como cerne a regulamentação do poder punitivo do Estado, sendo ele o ramo do direito responsável por criar um conjunto de normas que visam determinar as infrações que existem e as respectivas penas para essas infrações. É a área do Direito que tem competência para julgar as condutas coletivas ou individuais que trazem problemas ao convívio social e são capazes de colocar a sociedade em risco. Sobre o assunto versa Capez:

“A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromisso éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.”¹

No Estado Democrático de Direito foi necessária a criação de princípios reguladores do controle penal, ou seja, a criação de princípios que imporiam limites à intervenção estatal nas liberdades individuais, limites esses que não existiam, por exemplo, durante o Estado Absolutista. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. Eles estão localizados já no preâmbulo de nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição, que, como consequência também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal.”²

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 11. ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 57.

Alguns artigos de nossa Carta Magna fazem o papel de nortear as relações dentro da sociedade, como é o caso, por exemplo, do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, e em relação ao Direito Penal, esse princípio reconhece todo sujeito como sendo autônomo, capaz de se autodeterminar e de ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Sendo assim, garante que todas as pessoas tenham suas pretensões respeitadas pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado, garantindo, ainda, que o poder estatal não possa interferir na vida privada dos indivíduos, somente podendo fazê-lo quando houver autorização expressa para isso.

Soma-se a esses princípios norteadores o artigo 4º, inciso II, da Constituição, que traz a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil. Tal princípio representa o limite para o exercício do poder do Estado, garantindo, inclusive para os delitos que possuem caráter fronteiriço, o total respeito aos direitos humanos no momento da aplicação do Direito Penal.

Antes de adentrarmos ao cerne do trabalho, se faz necessário entendermos, também, alguns princípios constitucionais específicos em matéria penal, os quais estão presentes, principalmente, no artigo 5º da Constituição e que têm a finalidade de *“orientar o legislador ordinário para adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”*³, conforme veremos a seguir.

O primeiro princípio que iremos tratar é o princípio da legalidade – ou reserva legal – presente no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o qual estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem a prévia cominação legal. Trata-se de um dos mais importantes princípios do Direito Penal, uma vez que

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 58.

constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, representando “a *garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático*”⁴.

Esse princípio estabelece que somente será considerada crime determinada conduta se houver previsão em lei, valendo o mesmo para a existência de uma pena. Dessa forma, a elaboração de normas incriminadoras se faz por meio de lei, não podendo nenhum fato ser considerado crime e nenhuma pena ser aplicada sem que, antes da ocorrência do fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Sendo assim, o Direito Penal, por meio de suas disposições, apresenta formas para que exista um desenvolvimento pacífico das sociedades, criando tipos penais incriminadores que protegem o próprio corpo social e as relações que nele existem. Assim, por meio da instituição de penas, há a aplicação de sanções penais com caráter punitivo para aqueles indivíduos que causam lesões ou trazem riscos de lesões aos bens jurídicos de outro membro da sociedade.

Assim, embora a legalidade imponha limites ao poder judiciário para aplicação das leis, uma vez que a conduta somente será considerada crime e a pena só será aplicada se houver lei anterior assim definindo, não limita o arbítrio do legislador em relação ao conteúdo das normas penais incriminadoras.

Dessa forma, considerando a necessidade de que o Direito Penal somente preocupe-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade é que foi criado o princípio da intervenção mínima. Nesse caminho, portanto, vemos o Direito Penal como o direito que traz a “mão forte do Estado”, podendo ser entendido, também, como sendo a *ultima ratio*, de acordo com Bitencourt:

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 59.

“O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma condutada só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. [...] Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.”⁵

O Direito Penal tem, portanto, caráter subsidiário em relação aos outros ramos do direito, ou seja, sua aplicação somente se dará caso todos os outros meios administrativos e legais tenham se esgotado e se mostrado ineficazes à tutela de determinado bem jurídico. Assim, somente se houver uma lesão de extrema gravidade contra um bem de suma importância à sociedade é que estará justificada a utilização do poder punitivo do Estado. Nas palavras de Guilherme Nucci:

“Enfim, o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados. Luiz Luisi sustenta que o Estado deve evitar a criação de infrações penais insignificantes, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se torne possível caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para garantir bens essenciais ao homem.”⁶

Ademais, derivam do princípio da intervenção mínima os princípios da insignificância e da adequação social. O primeiro estabelece que não deverá ser aplicada uma sanção penal caso a infração cometida seja considerada insignificante ou haja desproporcionalidade entre a lesão ao bem jurídico e a pena a ser aplicada. Já o segundo é responsável por selecionar um conjunto de comportamentos que

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 61/62.

⁶ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 116.

tenham relevância social, fazendo com que somente condutas relevantes possam ser consideradas delitos.

Não obstante, por mais que o aspecto da relevância social seja um dos elementos para que um ato seja considerado típico, é necessário que exista um perigo concreto, real e efetivo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido para que ele seja tipificado no sentido material, caracterizando, assim, o princípio da ofensividade. Na visão de Nucci:

“Defendemos, portanto, que a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o direito penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrasta a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade. Há enorme desproporção. Entretanto, a ofensividade é um nítido apêndice da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal democrático. Não necessita ser considerado à parte, como princípio autônomo, pois lhe falecem força e intensidade para desvincular-se do principal, nem existem requisitos próprios que o afastem da ideia fundamental de utilizar a norma penal incriminadora como última cartada para solucionar ou compor conflitos emergentes em sociedade. Em suma, a ofensividade é uma consequência do respeito à intervenção mínima.”⁷

Outro princípio que busca eliminar a intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos indivíduos é o da proporcionalidade, o qual garante que haja equilíbrio entre a gravidade do crime praticado e a sanção penal cominada ao caso concreto, nos termos do artigo 15 do Código Penal:

“A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.”⁸

Por se tratar de uma lei severa, e para garantir segurança jurídica e liberdade, o Direito Penal é regido, também, pelo princípio da irretroatividade penal. Significa dizer que a lei penal somente produzirá efeitos durante a sua vigência, ou seja, ela

⁷ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 117.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Instituir o Código Penal. Diário Oficial da União, DF, 31/12/1940. Art. 15.

tem eficácia apenas sobre os fatos ocorridos durante sua existência – da entrada em vigor até a cessação de vigência, não alcançando fatos anteriores a ela e nem fatos posteriores, de acordo com o princípio do *tempus regit actum*.

Existem duas exceções à regra trazida por esse princípio. A primeira delas prevê que a lei penal retroagirá caso seja mais benéfica ao réu, sendo assim, e nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, as leis penais novas mais favoráveis ao réu “*podem voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória, com trânsito em julgado (art. 5º, XL, CF; art. 2º, parágrafo único, CP)*”⁹.

A segunda exceção prevê que, no caso de leis temporárias ou excepcionais – mesmo que tenha encerrado o seu período de vigência – tais normas serão aplicadas aos fatos ocorridos durante a sua vigência, isso porque caso fosse retirada sua ultra-atividade, ela perderia a força intimidativa.

Ainda dentro da segurança jurídica, outro princípio que ajuda a garanti-la é o da presunção de inocência, o que significa dizer que um acusado somente poderá ser preso após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, enquanto houver a pendência de recursos a sentença condenatória não poderá começar a ser executada.

O princípio da humanidade, também conhecido como princípio da dignidade da pessoa humana, é outro ponto norteador importante para a aplicação da lei penal, pois é a partir de tal princípio que o Estado fica impedido de aplicar a pena como um instrumento de vingança, sendo ele um dos maiores entraves para a adoção da pena capital e da prisão perpétua, no Brasil.

Dessa forma, um dos objetivos desse princípio é justamente o de estabelecer a benevolência do Direito Penal e garantir à toda sociedade o bem-estar, inclusive

⁹ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 106.

aos que foram condenados, já que eles não podem ser tratados como animais ou coisas. Deve ser a eles assegurado, portanto, entre outros direitos, a integridade física e moral, o cumprimento de pena em estabelecimento adequado – devendo-se distinguir a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – e a reintegração social. Além disso, tal princípio encontra respaldo não apenas na Constituição Federal, conforme já demonstrado, mas também no artigo 1º, da Lei de Execução Penal, conforme ensina Bitencourt:

“[...] destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas ao primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.”¹⁰

Por fim, outro princípio de extrema importância para entender o presente trabalho é o da culpabilidade. Por meio dele fica estabelecido que uma pessoa somente poderá ser punida caso tenha agido com dolo ou culpa e possua consciência, ou ao menos tenha a capacidade de ter consciência, de que o ato praticado por ela é ilícito. Esse princípio foi o responsável por, praticamente, erradicar a responsabilidade objetiva no Direito Penal atual, vigendo a ideia do *nullum crimen sine culpa*. Conforme ensinamentos de Bitencourt, a culpabilidade possui um triplo sentido, quais sejam:

“Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a conseqüente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E,

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 80/81.

finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito corolário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio da culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.”¹¹

Ao longo do presente trabalho adentraremos no tema da culpabilidade como fundamento da pena, já que, nesse aspecto, o instituto da culpabilidade detém importante papel para a configuração do crime, pois representa o juízo de reprovação social, sendo que a existência de seus elementos – que serão explicados adiantes – são requisitos indispensáveis para a configuração do crime e cominação da pena.

Conforme visto, são inúmeros os princípios que regem o Direito Penal e sua aplicação. Assim, é a partir da análise de tais princípios que passamos a entender qual a verdadeira finalidade desse ramo do direito, qual seja, a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida social, sendo que, em caráter secundário possui ainda uma função preventiva e retributiva – uma vez que prevê crimes e penas com objetivo de prevenir o acontecimento de novos delitos – e estabelece a devida punição, uma vez que o delito foi cometido, retribuindo ao infrator uma sanção à sua ação delitiva.

Conforme já demonstrando anteriormente, o Direito Penal somente deve ser utilizado quando nenhum outro ramo do direito for capaz de resolver determinado problema ou eventual lesão ao bem jurídico tutelado, sendo, portanto, a última opção – chamada também de *ultima ratio*. Haja vista o exposto, conclui-se que a grande função dessa ramificação do direito é a proteção dos bens jurídicos tidos como importantes para uma determinada sociedade.

Assim, para garantir a total compreensão da ideia exposta acima, faz-se mister a conceituação de bem jurídico, conforme será demonstrado a seguir.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 73/74.

Bens são elementos que as pessoas objetivam possuir. O bem existencial, por sua vez, serão aqueles elementos que as pessoas desejam ver sendo protegidos por lei, uma vez que são considerados fatores importantes para uma sociedade dentro de um determinado contexto histórico. Conforme ensinamentos de Bianchini, Molina e Gomes:

“[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.”¹²

Ademais, para ser considerado um bem jurídico, é necessário que – além de se tratar de um bem existencial – ele tenha o chamado “substrato subjetivo do bem jurídico”. Tal substrato é o interesse do ser humano em relação a um determinado bem existencial, ou seja, a partir do momento em que o ser humano se interessa por um bem existencial e decide que é necessária a conservação desse bem, ele se torna digno de proteção jurídica e, portanto, um bem jurídico. De acordo com Bitencourt os bens jurídicos:

“[...] são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de significação social. [...] A soma dos bens jurídicos constitui, afinal, a ordem social.”¹³

De tão importantes que esses bens são, o Estado e o Direito decidem valorá-los e, assim, passam a gozar de proteção jurídica. Quando uma norma penal é a responsável por valorar algum bem, prevendo crimes cominados com sanções penais, surge o bem jurídico penal – aquele que nos interessa no âmbito do Direito Penal.

¹² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1. p. 232.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 38.

Importante ressaltar que, para considerarmos um bem jurídico como penal, ele deve ser um daqueles mais valiosos à convivência; devendo, portanto, ser protegido pelo Direito Penal exclusivamente se houver um ataque intolerável e quando não existirem outros meios eficazes para salvaguardá-los. Nas palavras de Nucci:

“Noutros termos, não é todo bem jurídico que merece a tutela penal, pois há outros ramos do direito aptos para isso. Somente os bens jurídicos considerados efetivamente relevantes podem e devem ser protegidos pelo direito penal.”¹⁴

A alteração do que se considera um bem jurídico está ligada aos valores que são considerados indispensáveis para o desenvolvimento social, sendo assim, conforme existirem mutações e novas visões de mundo nas sociedades, certamente os bens jurídicos tutelados pelo Estado passarão por mudanças e adequações sociais. De acordo com os ensinamentos de Pacelli e Callegari (Manual de direito penal – Parte geral, p. 25.), devidamente citados por Guilherme Nucci:

“[...] um bem da vida, isto é, aquilo que entre as pessoas, em determinado momento histórico, apresenta um valor ou um interesse tal que mereça a proteção do direito. É o desejo, a vontade ou a necessidade de fruição ou de gozo das coisas postas, criadas ou produzidas pelo homem, além daquelas de índole espiritual ou transcendentais (a vida, por exemplo), que conferem a estes bens o selo da proteção jurídica. Alguns, considerados mais valiosos, são alçados à proteção penal, merecedores, então, do interesse público. Daí a dimensão pública da pena, como se, de fato, tanto a proibição da conduta quanto a sanção penal tivessem lugar para a satisfação do interesse de todos.”¹⁵

¹⁴ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 60.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 61.

3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – ECA – é uma legislação infraconstitucional especial, que visa tutelar os direitos e deveres das crianças e adolescentes e amparar os menores de 18 anos que, conforme a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro, são penalmente inimputáveis.

Assim, o objetivo dessa lei é “*criar condições de exigibilidade para o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente*”¹⁶. Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente tornou possível a visão de que, como as crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento, merecem receber uma proteção integral e com prioridade absoluta.

No Brasil, de acordo com o instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, será considerada criança aquele indivíduo que possui até 12 anos incompletos e adolescente o indivíduo que tiver entre 12 anos e 18 anos, sendo que suas leis poderão ser aplicadas, de maneira excepcional, às pessoas que tiverem idade entre 18 e 21 anos.

Três avanços foram alcançados com essa legislação, quais sejam: o reconhecimento de que a criança e o adolescente se encontram em condição peculiar de desenvolvimento, a inserção de tal grupo como sendo considerados sujeitos de direito e a garantia da prioridade absoluta na aplicação de seus direitos.

O reconhecimento de que a criança e o adolescente se encontram em situação peculiar de desenvolvimento é de extrema importância pois garante a aplicação do princípio da isonomia, ou seja, que haverá uma equalização das normas e dos procedimentos jurídicos, garantindo que a lei será aplicada de forma

¹⁶ MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Dificil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: Editora CRV. 2021. p.45.

igualitária para adultos, adolescentes e crianças, devendo ser levado em consideração as desigualdades e especificidades desses dois últimos grupos na aplicação das normas. Nas palavras de Maíra Zapater:

“[...] Porém, há muitas diferenças entre pessoas adultas e as crianças e os adolescentes, que justificam haver previsões legais diversas para cada um desses grupos etários. Essas previsões são estabelecidas em respeito ao princípio da isonomia, que determina à lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.”¹⁷

Continuando seu entendimento em relação a aplicação das medidas legais às crianças e aos adolescentes que descumprem a lei, continua a autora:

“É por essa razão que as consequências legais aplicáveis a um adulto que descumpra a lei serão distintas daquelas referentes às crianças e aos adolescentes: os adultos a quem se atribua a prática de um crime estão sujeitos às penas impostas por processo criminal, enquanto a atribuição de prática de ato infracional poderá impor medidas de proteção para as crianças e socioeducativas para os adolescentes. Por outro lado, a capacidade de autonomia e de autogestão dos adultos também autoriza que a lei preveja direitos que lhe são específicos, vedados para quem tem menos de dezoito anos, tais como consumir determinadas substâncias regulamentadas (como tabaco e álcool), conduzir veículo automotor, adquirir propriedades, entre outros direitos – e não “privilégios” – que somente podem ser exercidos por quem detiver capacidade plena.”¹⁸

Foi a partir da criação dessa lei que as crianças e os adolescentes passaram a ter seus direitos garantidos e reconhecidos, já que, conforme mencionado, inclusive na introdução, com ela percebeu-se que, assim como os adultos, as crianças e adolescentes também compõe a sociedade em que vivemos, sendo elas, também, aptas a cometerem atos ilícitos podendo lesar os bem jurídicos tutelados pelo Estado.

¹⁷ ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 61.

¹⁸ ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 61.

Tendo em vista que as crianças e os adolescentes se encontram em um estágio de desenvolvimento específico, sendo, portanto, mais vulneráveis, o Estatuto da Criança e do Adolescente criou direitos e deveres diferentes dos existentes aos adultos para garantir isonomia àquela parcela da população.

No âmbito criminal, e levando em consideração o princípio da culpabilidade como fundamento da pena, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis. Sendo assim, o Estatuto surge como o responsável por instituir regras específicas para atribuir um ato ilegal a uma criança ou a um adolescente – o chamado ato infracional –, estabelecendo, também, as medidas a serem adotadas contra os indivíduos que praticaram esses atos – chamadas de medidas socioeducativas e não penas, como é chamado pelo Direito Penal.

Vale ressaltar, entretanto, que nem todas as leis são aplicadas de formas diferentes para os adultos e menores, uma vez que algumas prerrogativas são aplicadas a ambos. Essas prerrogativas estão presentes nos artigos 110¹⁹ e 111²⁰ do Estatuto, sendo algumas delas: prerrogativa do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da defesa técnica por advogado e da gratuidade de justiça, que foi também elencada no parágrafo segundo, do artigo 141 do Estatuto, tendo como justificativa o princípio do melhor interesse do menor, conforme será explicado abaixo.

¹⁹ Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

²⁰ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III – defesa técnica por advogado; IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

3.1 Princípios e Finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente

Assim como no Direito Penal, foram estabelecidos princípios orientadores para o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo esses princípios os responsáveis por garantir a coesão lógica às normas jurídicas e constitucionais.

Dessa forma, os princípios orientadores do Estatuto da Criança e do Adolescente que serão analisados no presente trabalho são o princípio da dignidade da pessoa em desenvolvimento, da proteção integral, da prioridade absoluta, do interesse superior da criança e do adolescente, e a municipalização do atendimento.

O princípio da dignidade da pessoa em desenvolvimento decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, e é aplicado ao Direito da Criança e do Adolescente. Ele surge em decorrência do entendimento de que a criança e o adolescente são seres que fazem parte de uma categoria política e devem ser protegidos pelo fato de serem humanos. Os demais princípios aplicados ao Estatuto da Criança e do Adolescente decorrem do caráter jurídico dado a esse princípio.

Assim como todas as demais pessoas, as crianças e os adolescentes são titulares de direitos como a vida, a liberdade, a segurança, a saúde, a educação, e todos os direitos fundamentais. Contudo, por serem pessoas que se encontram em um estado de desenvolvimento peculiar, é garantido a esse grupo, por meio do princípio da proteção integral, que o dever de garantir a aplicação desses direitos seja de responsabilidade solidária de toda a sociedade. Senão vejamos:

“[...] crianças e adolescentes são diferentes de adultos no tocante à sua capacidade de autonomia e autogestão, em regra detida por estes últimos. Para poderem exercer os direitos de que são titulares, crianças e adolescentes dependem da atuação dos adultos, a quem se atribuem deveres correspondentes. O princípio da proteção integral distribui solidariamente a responsabilidade por tais deveres entre a família, a sociedade e o Estado, ou seja: tanto nas relações privadas, quanto na vida social e na interação com as instituições públicas, cabe a todas e todos

observar os deveres a serem cumpridos para que as crianças e adolescentes exerçam plenamente seus direitos.”²¹

Outro princípio que decorre do desenvolvimento peculiar da criança e do adolescente é o da prioridade absoluta. Como a criança e o adolescente tem reduzida a autonomia e a ingerência de si próprios, foi determinado por este princípio que a prioridade absoluta deve reger a formulação e a instituição de políticas públicas voltadas para a área da infância e da juventude, fato este que implica sua exigibilidade judicial, podendo, por exemplo, ser ajuizada uma ação civil pública em busca da priorização de recursos para essas áreas.

Em decorrência da prioridade absoluta surge o princípio da municipalização, que estabelece que as políticas de atendimento à criança e ao adolescente devem ser, preferencialmente, de atribuição do município. Isso se dá, pois por se tratar de um âmbito menor, o município consegue analisar as especificidades e demandas das crianças e dos adolescentes de maneira mais regional, o que possibilita a criação de programas que atendam às realidades locais.

A importância da atuação dos municípios frente as políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente não retiram a responsabilidade solidária do Estado e da União para a efetivação desses direitos, conforme estabelece o artigo 100, parágrafo único, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“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: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

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

²¹ ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 72.

possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.”²²

Antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores era o responsável por reger os direitos e deveres desses indivíduos, porém nessa legislação a proteção prioritária “aos interesses do menor” somente se aplicava às crianças e aos adolescentes que se encontrassem em “situação irregular”. Com a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente essa proteção se estendeu para todas as crianças e adolescentes, e a proteção integral passou a visar o princípio do interesse superior, também chamado de princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, a partir desse princípio entende-se que para aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente é necessário que se *“leve em consideração em primeiro lugar o interesse da criança e do adolescente, e não a proteção da sociedade ou preservação da família ou qualquer outra coisa nesse sentido”²³*.

Tal princípio garante, ademais, que a criança e o adolescente possam manifestar, inclusive em juízo, a opinião do que consideram ser o seu “melhor interesse”. No entendimento de Camila de Jesus Mello Gonçalves (2011), devidamente citada por Maíra Zapater:

“O ECA assegura o direito de liberdade, o direito ao respeito e à autonomia dos menores de 18 anos, que se desdobram nos direitos de ser ouvido e de participar, expressos no ECA, art. 28, §§ 1º e 2º, e no art. 100, parágrafo único, XII, originalmente previstos no art. 12, da Convenção dos Direitos da Criança e atualmente expressamente incorporados pela legislação nacional. Nessa quadra, diante do conjunto normativo brasileiro, observa-se que o legislador remete o intérprete a buscar na manifestação de vontade da criança um elemento de convicção, valorizando a participação infantojuvenil no processo voltado à interpretação do melhor interesse. A incapacidade civil não é incompatível com o direito de participar, seja porque deve ser prestigiada uma interpretação harmônica entre as normas de igual hierarquia, seja porque ouvir não se confunde com o atendimento da

²² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990. Art. 100.

²³ ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 73.

vontade externada, tratando-se apenas de incluir a voz da criança e do adolescente entre os elementos considerados pelo adulto na tarefa hermenêutica. Nesse contexto, a participação da criança e do adolescente no processo de decisão sobre seu melhor interesse afigura-se essencial e obrigatória, em observância aos valores positivados pelo legislador e, em especial, para a concretização da dignidade que se realiza pela concepção da criança como sujeito de direito e não apenas como objeto de proteção. (GONÇALVES, 2011).”²⁴

Além do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal também possui normas relativas aos direitos desses indivíduos. Os artigos 227 a 229 da Constituição, são os responsáveis por tratar sobre os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, e os correspondentes deveres da família, da sociedade e do Estado.

Assim como o Estatuto, a Constituição Federal apresenta em sua redação alguns princípios que regem os direitos da criança e do adolescente. O artigo 227, da Carta Magna, trata sobre a prioridade absoluta e sobre a proteção integral – uma vez que estabelece o dever à família, à sociedade, e ao Estado de assegurar direitos a esses indivíduos com absoluta prioridade. Vide sua redação:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”²⁵

O parágrafo terceiro, incisos VI e VII do mesmo artigo, tratam especificamente sobre o princípio da proteção integral estabelecendo normas de proteção para situações de risco específicas:

“§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

²⁴ ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 74.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05/10/1988. Art. 227.

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.”²⁶

Importante ressaltar que os incisos IV e V do mesmo parágrafo são os responsáveis – juntamente com os, já mencionados, artigos 110 e 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente – por garantir os direitos processuais aos adolescentes que forem submetidos ao processo de apuração de ato infracional.

“IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excecionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.”²⁷

Ainda nesse diapasão, o artigo 228 da Constituição Federal – somado ao artigo 27 do Código Penal, que será melhor explicado mais adiante – veda a imputação penal dos indivíduos menores de 18 anos, estabelecendo que os menores que cometerem algum ato ilícito lesando os bens jurídicos tutelados pelo Estado ficarão sujeitos às regras de legislação especial, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”²⁸

Sendo assim, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente trata sobre ato infracional e medida socioeducativa, garantindo direitos e deveres aos menores infratores, ele toma como base os preceitos instituídos pela Constituição Federal.

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05/10/1988. Art. 227.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05/10/1988. Art. 227.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05/10/1988. Art. 228.

3.2 Direitos e garantias do menor infrator

Conforme dito no capítulo anterior, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, como a Constituição Federal, são responsáveis por fixar direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, sendo inclusive os Direitos Fundamentais presentes na Carta Magna destinados a essa população, assim como aos adultos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme visto, acrescenta direitos, deveres e garantias os quais são destinados apenas às crianças e aos adolescentes, garantindo à esses direitos mais específicos e abrangentes.

Fato é, e como não poderia deixar de ser, que esses direitos e garantias também se aplicam aos menores infratores da lei. Antes de adentrar nesses direitos e garantias, necessário fazermos a diferenciação entre menores de 12 anos e aqueles que possuem de 12 a 18 anos, pois caso a infração seja cometida pelos primeiros a eles serão aplicadas as chamadas medidas de proteção, enquanto aos segundos serão aplicadas as medidas socioeducativas.

Foi instituído, ainda, que o órgão responsável pela aplicação de medidas de proteção aos menores de 12 anos é o Conselho Tutelar. De outro modo, caso o ato infracional tenha sido cometido por um adolescente, a prática deverá ser verificada pela Delegacia da Criança e do Adolescente, a quem competirá conduzir o caso ao Promotor de Justiça, que poderá instaurar um processo, mediante o qual, de acordo com o princípio do devido processo legal, poderá ser aplicada alguma das medidas socioeducativas pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude.

Outro contraponto necessário é que enquanto as penas dos crimes ou contravenções penais estão previstas no Código Penal, devendo ser atribuídas aos infratores maiores de idade, o Estatuto da criança e do adolescente ficou responsável por tratar sobre os direitos, garantias e meios de aplicação de medidas socioeducativas aos infratores menores de 18 anos.

A esses jovens é assegurado o princípio constitucional e processual penal do

devido processo legal, o qual estabelece que uma medida de internação – que será melhor explicada adiante, no primeiro item do capítulo 5 – não poderá ocorrer até que se finalize o processo com sentença condenatória, à exceção dos atos infracionais em que o autor for surpreendido em flagrante delito ou em casos em que haja uma extrema necessidade, sendo que isso somente poderá ocorrer se houver ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, que deve se basear em indícios de autoria e materialidade para justificar a necessidade, conforme estabelecem os artigos 110 e 111 do ECA.

Ademais, é garantido aos adolescentes, também, o princípio da presunção de inocência, o qual estabelece que eles somente poderão ser considerados culpados se houver ocorrido o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Os citados artigos também trazem outros direitos aos menores, como por exemplo, o de que seja feita a comunicação imediata aos familiares ou a quem o menor indicar caso sejam submetidos à medida de internação que ocorrer de maneira preventiva, ou seja, antes do devido processo legal. Essa comunicação também deverá ser feita ao juiz competente para que ele verifique a possibilidade de encerrar tal medida, analisando o caso concreto, pois caso haja a necessidade de encerrá-la, mas isso não seja feito, a autoridade poderá ser responsabilizada por aplicação de medida socioeducativa abusiva.

Soma-se a isso o artigo 235, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece que caso a internação seja medida preventiva, deverá durar por no máximo 45 dias, sob pena de – em caso de excedência do período – a autoridade coautora responder por crime, *in verbis*:

“Artigo 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena – detenção de seis meses a dois anos.”²⁹

²⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990. Art. 235.

Ainda em relação à medida de internação, deverá ser observado em sua aplicação os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, tudo isso para resguardar os direitos desses indivíduos, inclusive à dignidade.

Aos menores infratores é assegurada, ainda, a proteção à integridade física e mental, nos termos dos artigos 125 e 178, do ECA, cumulados com o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Essa integridade proíbe a utilização de violência física, pressões psicológicas – tanto durante os atos processuais, como durante o cumprimento da medida socioeducativa – incluindo, ainda, a garantia da integridade física, mental e da dignidade durante o transporte do adolescente a quem for atribuída a autoria de ato infracional, não podendo o transporte ser feito em compartimento fechado de veículo policial.

Em vistas de garantir a inviolabilidade física e moral do adolescente é garantido o segredo de justiça a todos os processos que envolvam menores de idade, de modo a resguardar sua identidade e imagem, nos termos do artigo 143, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 143. É vedada à divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.”³⁰

Outro princípio do direito processual penal garantido ao adolescente, caso haja a instauração processual para apuração de ato infracional, é o da ampla defesa e do contraditório. Assim é garantido a esses indivíduos a devida citação para que tomem conhecimento pleno e formal do ato infracional a eles atribuídos, podendo, portanto, postular sua ampla e plena defesa. Nos ensinamentos de Mário Volpi:

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990. Art. 143.

*"Em qualquer circunstância, é expressamente obrigatório que ao adolescente seja garantido o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente (Constituição Federal, art. 227, e Eca, art. 111)."*³¹

Ainda há a garantia de igualdade na relação processual, ou seja, o adolescente tem assegurado o direito à defesa técnica a ser realizada por profissional habilitado. Além disso, exceto em casos de má-fé, essas ações judiciais serão isentas de pagamento de custas processuais e emolumentos, sendo assegurada a assistência judicial gratuita e integral para aqueles que não tiverem recursos para constituir defensor. O adolescente poderá, também, confrontar-se com a vítima e testemunhas e poderá requerer/produzir todas as provas necessárias à sua defesa, conforme ensinado por Mário Volpi:

*"O direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (ECA, art. 111) e de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento são também prerrogativas insubstituíveis."*³²

Portanto, além da defesa por advogado – garantia que também existe no direito processual penal – o adolescente tem de ter garantido o seu direito de ser ouvido pessoalmente por autoridade competente, se assim desejar, como Ministério Público, juiz da Infância e da Juventude, Defensoria Pública, podendo fornecer sua versão dos fatos. Caso deseje, também é garantido a ele o direito de se manter em silêncio.

É assegurada, também, a possibilidade da propositura de *habeas corpus* e mandado de segurança, como medidas para assegurar e reivindicar a liberdade do adolescente infrator, podendo esses instrumentos serem utilizados para correção de situações de abusos ou ilegalidades cometidas pelas autoridades judiciais.

Todas essas garantias deverão estar em consonância com outra garantia de extrema importância para o processo penal, qual seja, a da celeridade processual.

³¹ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 20.

³² VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 21.

Essa garantia é de extrema importância, uma vez que as medidas socioeducativas visam a recuperação e reintegração do adolescente infrator à sociedade.

Nota-se, portanto, ser necessária uma resposta rápida e eficaz do poder judiciário quando se verifica a prática de um ato infracional por parte de um adolescente.

4 ATO INFRACIONAL

Feitas as considerações relativas às leis e princípios que regem os direitos, deveres e garantias das crianças e dos adolescentes, conforme demonstrado no capítulo 3, a criança e o adolescente, como membros da sociedade e pessoas dotadas de direitos e deveres, estão aptos a cometer atos ilícitos possivelmente lesivos ao bem jurídicos tutelados pelo Estado.

Pois bem, quando um adolescente – maior de 12 anos e menor de 18 anos – pratica essa conduta ilícita e lesa o bem jurídico de outrem, a conduta receberá o nome de ato infracional. De outro modo, quando um adulto pratica esse ato ilícito e lesa algum bem jurídico tutelado pelo Estado, a conduta dele receberá o nome de crime.

Dessa forma, serão feitas algumas considerações sobre esses dois conceitos e suas diferenças no próximo tópico deste capítulo.

4.1 O Ato infracional e as principais diferenças frente ao conceito de crime

O artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente, define ato infracional como sendo a conduta prevista em lei como crime ou contravenção penal, ou seja, essa lei estabelece que o adolescente – uso esse termo pois as responsabilidades por essas condutas somente se iniciam aos 12 anos – não comete crime ou contravenção penal, não sendo a eles aplicado o instituído pelo Código Penal, mas sim praticam ato infracional, uma vez que esses indivíduos são inimputáveis penalmente. Vejamos:

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”³³

A conceituação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu com a lógica de adolescente infrator como categoria sociológica vaga e implícita, antes estabelecida pelo Código de Menores, na qual se aceitavam reclusões que não apresentavam nenhuma das garantias necessárias a esses indivíduos e implicavam em uma verdadeira privação de liberdade. Sobre a atual definição de ato infracional e o que antes existia no Código de Menores, apresenta o autor Márcio Pinho de Carvalho:

“Da definição legal, observa-se que o ato infracional deve ser um fato tipificado como crime ou contravenção penal. A atual legislação não admite a imposição de uma medida socioeducativa para adolescente que não cometeu fato típico, conforme podia acontecer antes, sob a tutela do antigo código de menores e da ideia de situação irregular, baseada na prática de atos antissociais. Havia casos nos quais a medida socioeducativa era aplicada para adolescentes ‘problemáticos’ ou abandonados, mas que não haviam cometido fato típico.”³⁴

Em relação à antiga conceituação estabelecida pelo Código de Menores, afirma Mário Volpi:

“Diferente do direito penal, onde o delito constitui uma ação típica, antijurídica, culpável e punível, o direito de menores convertia o delito em uma vaga categoria sociológica. A inexistência de parâmetros para medir a dimensão quantitativa real da chamada delinquência juvenil é, por vezes, substituída por avaliações e opiniões impressionistas inadequadas. Isso não significa negar a importância e a existência real de problemas sociais graves. Significa admitir que os distintos aspectos da problemática social podem ser percebidos de ângulos completamente diferentes. Dimensões como a da saúde física e emocional, conflitos inerentes à condição de pessoa em desenvolvimento e aspectos estruturais de personalidade precisam ser considerados. Por isso, é importante reafirmar que a ‘delinquência’ não pode ser considerada uma categoria homogênea, nem um critério exclusivo de definição de causa da transgressão da lei.”³⁵

³³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990. Art. 103.

³⁴ CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 17.

³⁵ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 19.

O Estatuto trouxe, então, uma nova conceituação, na qual entende-se o adolescente como indivíduo detentor de direitos e garantias, as quais devem ser resguardadas, inclusive para aqueles que praticam um ato infracional. O adolescente é tratado, agora, como autor de ato infracional, pois sendo autor, contará com uma série de garantias formais.

Assim, esse jovem não deve mais ser rotulado de “adolescente infrator”, tendo em vista que por ter agido de maneira pontual, levaria esse rótulo consigo para sempre (MARTINS, 2004)³⁶.

É importante esclarecer que não existe um rol de condutas que configuram um ato infracional, sendo necessário verificar se houve a subsunção à alguma conduta prevista em lei como crime ou contravenção penal, para dizer se houve ou não a prática de um ato infracional.

Dessa forma, pode-se dizer que o ato infracional cometido pela criança ou adolescente não irá se distinguir completamente do crime praticado pelo adulto – o que será demonstrado adiante – mas, por ter sido praticado por esses indivíduos que ainda se encontram em uma fase peculiar de desenvolvimento, deverá ser, caso constatada a conduta, aplicado o sistema de apuração de ato infracional presente no Estatuto e não o sistema penal previsto em nosso Código Penal. Voltaremos mais a frente, ainda neste tópico, para falar do ato infracional.

O Código Penal tornou ilícito alguns atos praticados pela sociedade e quando tais atos lesam os bens jurídicos tutelados pelo Estado, conforme visto no capítulo 1, são chamados de crimes. Posto isso, quando uma pessoa pratica um ato que causa dano a um bem jurídico de outrem – que é tutelado pela lei penal – ela praticará um crime, sendo, então, necessária a aplicação de uma medida punitiva contra essa infração.

³⁶ MARTINS, Fabíula Gonçalves. Adolescente autor de ato infracional x mercado de trabalho: expectativas e entraves à sua inclusão. 2004/2. 120f. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

Se dermos uma conceituação geral para o crime, ele será considerado um ato, proibido por lei, cuja uma pena determinada é aplicada a ele caso seja praticado. Ou seja, o crime é a ação de um indivíduo contrária a uma lei e, que, como consequência dessa ação haverá uma punição para quem a praticar – a chamada pena.

Segundo a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro:

“Art. 1º - Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”³⁷

Para entendermos um pouco melhor o conceito de crime, devemos ter em mente que existem três enfoques para essa conceituação, quais sejam, o enfoque material, o formal e o analítico.

Relativamente ao primeiro, o crime seria uma conduta ilícita sob a qual pode recair uma punição que ocorre por meio de uma pena, sendo levado em conta a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, ou seja, trata-se da visão da sociedade em relação ao crime. Essa corrente não é muito utilizada pelo direito tendo em vista o princípio da legalidade, apresentado no capítulo 1, uma vez que só haverá crime se existir uma lei anterior que o defina, não sendo somente importante o que a sociedade pensa sobre a conduta praticada pelo agente, mas sim a existência de uma tipificação dessa conduta. Conforme ensinamentos de Guilherme Nucci, que sabiamente cita a jornalista Lya Luft:

“Eis um exemplo de como nasce, na sociedade, o conceito material de crime, para, depois, caso assimilado pelo legislador, constituir figura típica incriminadora. Discute-se a criação do crime de homofobia. Nas palavras da jornalista LYA LUFT encontra-se parcela do debate nascido em sociedade: “de momento está em evidência a agressão racial em campos esportivos:”

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11/12/1941. Art. 1º.

'negro', 'macaco' e outros termos usados como chibata para massacrar alguém, revelam nosso lado pior, que em outras circunstâncias gostaríamos de disfarçar – a grosseria, e a nossa própria inferioridade. Nesses casos, como em agressões devidas à orientação sexual, a atitude é crime, e precisamos da lei. No país da impunidade, necessitamos de punição imediata, severa e radical. Me perdoem os seguidores da ideia de que até na escola devemos eliminar punições, a teoria do 'sem limites'. Não vale a desculpa habitual de 'não foi com má intenção, foi no calor da hora, não deem importância'. Temos que nos importar sim, e de cuidar da nossa turma, grupo, comunidade, equipe ou país. Algumas doenças precisam de remédios fortes: preconceito é uma delas^{38, 39}.

Complementa ainda o referido autor:

“Quando o legislador capta determinados anseios da comunidade, no sentido de se considerar um ato ilícito civil, trabalhista, tributário ou de outra matéria algo muito grave, começa a debater se não deveria, também, incluir no rol dos crimes. Essa é a natureza, a fonte, a essência material do delito. Diante disso, pode-se apresentar um projeto de lei para criminalizar certa conduta. Admitido, aprovado e sancionado, transforma-se em lei penal incriminadora. Surge, então, o conceito formal.”⁴⁰

O conceito formal surge, portanto, em decorrência do conceito material de crime. Em relação a esse aspecto, o crime também é a conduta ilícita descrita na lei como crime. Se um agente praticar a conduta que está descrita na lei como crime, haverá a adequação ao modelo de conduta proibitiva, ou seja, adequação entre a lei e a conduta real praticada no mundo. Na visão de Guilherme Nucci:

“Portanto, é formalmente crime a conduta proibida por lei penal, sob ameaça de aplicação da pena. Não é raro acontecer o descompasso entre o crime material e o delito formal. Explica-se: a sociedade pode acreditar que determinado ilícito deveria ser crime, mas não há o tipo penal; logo, não se pode punir o agente, pouco importando o resultado trágico advindo. De outro lado, há figuras típicas incriminadoras, portanto, formalmente constitui um crime, mas que, na prática, ninguém mais liga para a sua punição. É o que ocorre, atualmente, por exemplo, com o curandeirismo (art. 284, CP), figura em desuso.”⁴¹

³⁸ Medo e preconceito. Veja, Ed. Abril, 10.09.2014, p. 24.

³⁹ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 279.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal – Parte Geral – vol. 1. São Paulo: Grupo Gen, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 279.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em:

Por fim, o enfoque analítico cuida, nas palavras de Nucci, “*da concepção da ciência do direito, acerca do crime, visando apenas estudá-lo e, didaticamente, torná-lo bem compreensível ao operador do direito*”⁴².

Existem diversas vertentes e correntes de opinião relativas a essa visão de crime. A adotada no presente trabalho será a ótica do finalismo, que entende o crime como uma conduta típica, antijurídica/ilícita e culpável.

Essa corrente, também chamada de tripartida, é a predominante no direito brasileiro, e portanto, será a corrente utilizada no presente trabalho.

Assim, consideraremos que crime é um fato típico – ação ou omissão a um modelo de conduta definido pela lei como proibida – que, segundo os ensinamentos de Nucci, pode ser conceituado da seguinte forma:

*“realizada a conduta, atinge-se determinado resultado, constituindo-se um fato. Esse fato pode ser típico ou não. Constituindo fato típico, resta ainda analisar a ilicitude e a culpabilidade para saber se há crime. Não constituindo fato típico, cessa-se de pronto a ideia de ter havido uma infração penal. No entanto, nas duas hipóteses, a conduta humana tinha uma finalidade.”*⁴³

Por sua vez, a antijuridicidade – conduta contrária ao direito que lesa um bem jurídico por ele tutelado – pode ser conceituada, segundo Fernando Marques, Marcelle Tasoko e Priscila Souto, da seguinte forma:

“ela é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, ou seja, para que a conduta do agente

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 279.

⁴² NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 280.

⁴³ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 293.

*seja ilícita, deve ela necessariamente estar tipificada como proibida, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico.*⁴⁴

Por fim, a culpabilidade refere-se ao juízo de reprovabilidade social incidente sobre o fato e seu autor, sendo que aqui falamos sobre a culpabilidade como fundamento da pena, conforme mencionado no capítulo 1 deste trabalho.

É em relação a esse último aspecto que se analisam as circunstâncias pessoais do sujeito, para concluir se ele é imputável, se agiu com potencial consciência da ilicitude do fato, e se havia a possibilidade de exigibilidade de conduta diversa. Concluindo-se, dessa forma, se houve ou não a prática de um crime e se a pessoa pode responder por ele.

Devemos voltar a nossa atenção para a culpabilidade, pois é esse o ponto que faz a grande diferença para entendermos se o agente cometeu um crime ou praticou um ato infracional. Vejamos.

Para a existência de um crime é necessário ser possível a aplicação de uma pena ao autor de um fato ilícito e antijurídico, ou seja, é necessário a existência da culpabilidade, sendo ela composta por três elementos: a imputabilidade – ou a capacidade de culpabilidade; a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa, sendo que na ausência de qualquer desses elementos haverá o impedimento da aplicação de uma sanção penal. Passaremos, então, a analisar cada um dos elementos mencionados.

A potencial consciência da ilicitude, segundo elemento da culpabilidade, é a possibilidade que o agente tem de compreender a ilicitude da conduta praticada. Também nos ensinamentos dos autores acima mencionados, “[...] *ela determina ser somente possível a punição do agente que, diante das condições fáticas nas quais estava inserido, tinha a possibilidade de atingir o entendimento sobre o caráter*

⁴⁴ MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; ANDRADE, Priscila Souto. *Prática Penal*. 4ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. Coleção: Prática Forenses. p. 55.

criminoso de sua conduta."⁴⁵.

Assim, é necessário entendermos que não se trata de uma compreensão técnica/jurídica sobre o enquadramento do evento praticado, mas sim que ninguém pode deixar de cumprir a lei atestando que não a conhece, sendo necessário apenas que a pessoa tenha condições de perceber que o ato que praticou é reprovado pelo direito. Ou seja, ao tempo da ação ou omissão criminosa o agente tem de entender o caráter ilícito do fato e agir de acordo com esse entendimento.

O terceiro elemento da culpabilidade, e segundo ponto por nos analisado, é a exigibilidade de conduta diversa, um pressuposto que determina que somente serão punidos os comportamentos que poderiam ser evitados. Para que o agente possa ser culpável é necessário que dele fosse exigida uma conduta diversa da que ele praticou, pois caso não seja possível exigir do agente uma conduta diversa da praticada, ele poderia recair em uma excludente de culpabilidade, não sendo ele culpado e não havendo crime. Para explicar tal conceito, Guilherme Nucci cita os ensinamentos de Assis Toledo e Baumann, conforme trecho abaixo:

*"Pode-se admitir, portanto, que em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente. Convém mencionar, pela importância que o tema exige, o ensinamento de ASSIS TOLEDO: "A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa suprallegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito". E também a precisa lição de BAUMANN: "Se se admite que as causas de exclusão da culpabilidade reguladas na lei se baseiem no critério da inexigibilidade, nada impede que, por via da analogia jurídica, se postule a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade."*⁴⁶

⁴⁵ MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; ANDRADE, Priscila Souto. *Prática Penal*. 4ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. Coleção: Prática Forenses. p. 60.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 493.

Por fim, a capacidade de culpabilidade, que também pode ser chamada de imputabilidade penal – o primeiro elemento da culpabilidade – é o conjunto de condições pessoais do agente que lhe dão capacidade para ser juridicamente imputada a ele a prática de um fato punível. Esse conceito não pode ser confundido com o da responsabilidade – princípio pelo qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade deve responder por suas ações. Em relação a essa diferenciação entre imputabilidade e responsabilidade Guilherme Nucci afirma o seguinte:

“A antiga Parte Geral do Código Penal, antes da reforma de 1984, classificava esse título como “Da responsabilidade”, o que, de fato, merecia ser alterado. Enquanto imputabilidade é a capacidade de ser culpável e culpabilidade é juízo de reprovação social que pode ser realizado ao imputável, responsabilidade é decorrência da culpabilidade, ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito. Os conceitos não se confundem, embora possam ser interligados. O que está preceituado no Título III do Código Penal (arts. 26 a 28) é matéria de imputabilidade, e não de responsabilidade, observando-se, ademais, que a opção legislativa concentrou-se em fixar as causas de exclusão da imputabilidade penal, mas não o seu conceito, exatamente nos moldes de outros Códigos, como ocorre na Espanha.”

Segundo os ensinamentos de Marques, Tasoko e Priscila, sobre o conceito de imputabilidade:

“A imputabilidade consiste na possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade por determinado delito; ou seja, é imputável o indivíduo que no momento do crime tinha plenas condições físicas e mentais, e consciência de que a conduta que praticava era crime. O Código Penal não define a imputabilidade penal, assim, por exclusão, conseguimos identificar a quem se pode e não pode atribuir a responsabilidade de um crime, ou seja, quem é imputável e quem é inimputável.”⁴⁷

Conforme citado, o Código Penal não se preocupou em explicar o que é a imputabilidade, mas somente o seu oposto, ou seja, definiu o que é a inimputabilidade, que de acordo com o artigo 26 da legislação penal conceitua-se da seguinte forma:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou

⁴⁷ MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; ANDRADE, Priscila Souto. Prática Penal. 4ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. Coleção: Prática Forenses. p. 75.

*da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*⁴⁸

Complementando em seu artigo 27:

*“Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”*⁴⁹

Conforme preleciona Muñoz Conde, em seu livro “Teoria Geral do Delito”:

*“[...] quem carece dessa capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos.”*⁵⁰

Sendo assim, o direito brasileiro adota, como regra geral, o sistema biopsicológico, o que significa dizer que a responsabilidade penal será afastada se o agente, por conta de uma enfermidade ou retardamento mental, no tempo da ação, era incapaz de se autodeterminar e de entender a antijuridicidade da conduta. Em caráter de exceção adotamos o sistema biológico, presente no artigo 27, do Código Penal, cumulado com o artigo 228 da Constituição Federal, que considera que será inimputável o menor de 18 anos. Nas palavras de Nucci:

*“Trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*⁵¹

Resta claro, portanto, que a legislação brasileira presume que as pessoas menores de 18 anos não possuem discernimento suficiente para entender o caráter

⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Instituir o Código Penal. Diário Oficial da União, DF, 31/12/1940. Art. 26.

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Instituir o Código Penal. Diário Oficial da União, DF, 31/12/1940. Art. 27.

⁵⁰ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.2004.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 500.

ilícito do fato que praticaram ou para se comportarem conforme tal entendimento, sendo, portanto, a menoridade uma excludente de culpabilidade.

Tratando-se de uma excludente de culpabilidade, podemos dizer que falta um elemento do componente da culpabilidade, fazendo com que o fato não possa ser configurado como crime, já que para sua existência é necessário que o fato seja ilícito, antijurídico e culpável.

Sendo assim, no caso de investigar-se se será considerado crime a prática de um ato ilícito, antijurídico, cujo agente que o praticou era menor de 18 anos na época dos fatos, restará clara a resposta de que tal ato não poderá ser considerado como crime. Isso, pois, falta o elemento da culpabilidade – necessário para caracterizar o crime – e, portanto, tal ato não será regido pelo Código Penal, mas sim será considerado um ato infracional e será regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

“Aos menores de 18 anos, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente para todos os fins, inclusive para a prática de atos infracionais.”⁵²

Conforme mencionado no início do presente item, o artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é o responsável por definir o que é o ato infracional e, ao estabelecer que ato infracional é uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, o ECA, juntamente com o Código Penal, deixa claro que os atos ilegais praticados por uma criança ou por um adolescente não podem ser considerados crimes ou contravenções penais, haja vista que o desenvolvimento incompleto – que só se completará aos 18 anos – não é compatível com a imputabilidade penal.

Dessa forma, podemos dizer que a diferença entre um ato infracional e um crime é que o crime é o ato ilícito praticado por um agente maior de 18 anos, cuja conduta, do ponto de vista da maioridade, será culpável sendo considerada um crime

⁵² NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 501.

e a ela será aplicada uma pena. Já o ato infracional, é caracterizado como sendo a condutada que na lei penal está descrita como sendo crime ou contravenção penal, porém, por ser praticada por uma criança – considerado aquele sujeito de até 12 anos – ou por um adolescente – o sujeito que tem entre 12 anos completos e 18 anos completos – será enquadrada como um ato infracional. Sinteticamente, um ato infracional é o “crime/contravenção” cometido por uma criança ou por um adolescente.

Julio Cesar Francisco em seu livro “Jovens Infratores nas Mãos do Estado” diferencia o ato infracional do crime da seguinte forma:

“As práticas ilícitas previstas no Código Penal Brasileiro cometida por pessoas maiores de 18 anos são entendidas como crime e, por isso, responsabiliza o adulto por meio de determinada pena de caráter punitivo. Em contrapartida, a responsabilização do jovem (inimputável), que pode ter cometido os mesmos ilícitos de um adulto, está amparado pelo ECA e pelo Sinase, cuja responsabilização prevê atuação de viés social e educativo (socioeducativo) preponderante, haja vista que a sentença judicial, concebida como força do Estado na reprovação da conduta infracional, já é por si só coercitiva. Assim, para os inimputáveis, foram substituídas terminologias como crime e pena pelos termos ato infracional e medidas socioeducativas.”⁵³

Ainda em relação ao conceito de ato infracional, Karyna Sposato o define como:

“Um fato típico e antijurídico, previamente descrito como crime ou contravenção penal. Impõe a prática de uma ação ou omissão e a presença da ilicitude para sua caracterização.”⁵⁴

Essa conceituação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe – por se encontrarem em grau peculiar de desenvolvimento e, para garantir a aplicabilidade do princípio da proteção integral, conforme explicado no item 3.1 desse trabalho – à criança e ao adolescente leis especiais para garantirem seus direitos e deveres, inclusive quando praticarem atos infracionais. No que tange às legislações

⁵³ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 49.

⁵⁴ SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 61.

aplicadas ao ato infracional, afirma Mário Volpi:

“A política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, no que tange o adolescente autor de ato infracional, deve acatar os princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (art. 40); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e da Juventude (Regras de Beijing – Regra 7); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (Regra 2); a nossa Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.”⁵⁵

Foi de extrema importância o entendimento que o Estatuto trouxe de que as crianças e adolescentes se encontram em grau específico de desenvolvimento, necessitando a criação e aplicação de leis específicas destinadas a elas.

Tal compreensão rompeu com o que era estabelecido no Código de Menores, uma vez que, mesmo sem a prática de um ato infracional, os adolescentes, muitas vezes recebiam punições. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente limitou a aplicação dessas punições – as medidas socioeducativas – conforme entenderemos no próximo capítulo. Nesse sentido, João Batista Costa Saraiva afirma:

“A superação do paradigma da incapacidade, pela adoção do paradigma da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de Direito permite resumir, em poucas palavras, o que implica a adoção da Doutrina da Proteção Integral de Direitos da Criança, norteadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, em superação dos primados da Doutrina da Situação Irregular, que inspirava o revogado Código de menores de 1979.

Pelo superado Código de Menores, a declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de ‘desvio de conduta’), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Reforça-se a ideia dos grandes institutos para ‘menores’ (até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional), onde se misturavam infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: estariam em situação irregular [...]

Na Doutrina da Proteção Integral dos Direitos, as crianças passaram a ser definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direito. Já não se trata de ‘menores’, incapazes, meias pessoas ou incompletas, senão de pessoas cuja única particularidade é a de estar se desenvolvendo. Por isso

⁵⁵ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 20.

se lhes reconhecem todos os direitos que têm os adultos, mais direitos específicos por reconhecer-se essa circunstância evolutiva.”⁵⁶

Nesse diapasão afirma Julio Cesar Francisco:

“Os novos paradigmas no trato com os casos de ato infracional, cujas bases estão previstas nessas legislações, resignificaram a compreensão do modo de conceber e lidar com os jovens que se envolveram com atos infracionais. Nessa ótica, esses indivíduos são compreendidos como pessoas que estão num momento de formação e de desenvolvimento de suas potencialidades. Em razão disso, lhes é assegurado de modo especial uma proteção integral, assentada nos direitos fundamentais de acesso à saúde, à educação, à assistência jurídica, ao lazer, ao esporte, à cultura, à profissionalização, além de prever que eles (as) não sofram discriminação, maus-tratos, crueldade e opressão dentro ou fora das medidas socioeducativas.”⁵⁷

O princípio da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, basilar para a criação do Estatuto, trouxe, além do já mencionado no item 3.1, a necessidade da aplicação do princípio constitucional e penal da legalidade para a execução de medida socioeducativa, fazendo com que esta medida somente possa ser imposta quando o ato infracional e a medida socioeducativa que será aplicada estiverem expressamente previstas em lei. É o mesmo que ocorre quando há a imposição de sanção penal, uma vez que, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – valendo o mesmo princípio para o ato infracional e a medida socioeducativa dele decorrente.

Por conseguinte, os adolescentes que cometem um fato típico e antijurídico, não vão receber as penas previstas no Código Penal, mas a eles poderá ser aplicada uma das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a responsabilização deles quanto às consequências lesivas do ato infracional um dos objetivos expressos da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), conforme artigo 1º, parágrafo segundo, inciso I⁵⁸, somado ainda da

⁵⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 23/24.

⁵⁷ FRANCISCO, Julio Cesar. *Jovens Infratores nas Mãos do Estado*. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 48.

⁵⁸ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.
§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de

integração social do adolescente e garantia dos direitos individuais e sociais e, a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença.

Antes de adentrarmos no conceito de medida socioeducativa, é necessário, também, fazermos uma diferenciação entre a criança e o adolescente, pois as medidas que serão impostas a eles são diferentes em decorrência da diferença de idade. De acordo com Julio Cesar Francisco:

“A criança (pessoa de faixa etária até 12 anos incompletos) autor de ato infracional está sujeita às medidas protetivas e preventivas por meio da família ou da comunidade e que devem ser asseguradas pela ação do Conselho Tutelar, que, para tanto, poderá recorrer, se necessário, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (Artigos 98, 101, 105 do ECA, 2010). Quanto ao jovem (especificamente àqueles entre 12 e 18 anos de idade) pode receber um tratamento mais rigoroso, através de medidas socioeducativas que podem ocasionar até a privação de liberdade (art. 112, do ECA, 2010).”⁵⁹

Dessa forma, as medidas socioeducativas, que serão explicadas no próximo capítulo, somente poderão ser aplicadas ao adolescente, ou seja, àquele indivíduo maior de 12 anos, uma vez que *“o sistema de responsabilização é iniciado aos doze anos no Brasil. Antes dessa idade, as crianças somente podem receber as medidas protetivas previstas no art. 101 e incisos, do ECA. As medidas protetivas são ‘as ações ou programas de caráter assistencial, aplicadas isolada ou cumulativamente, quando a criança ou adolescente estiver em situação de risco, ou quando da prática de ato infracional.’⁶⁰*

A principal diferença entre as medidas protetivas e as socioeducativas é que *“as primeiras têm a função de tutelar direitos da criança e do adolescente e, por isso, sua aplicação é instituidora de responsabilidades para terceiros, enquanto que as*

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.

⁵⁹ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 49.

⁶⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 320.

medidas socioeducativas são instituidoras de responsabilidade pessoal para o autor da conduta, com o conseqüente sacrifício de um dos seus direitos fundamentais, no caso, o direito à liberdade.⁶¹ Para os adolescentes, além das medidas socioeducativas, também é possível a aplicação das medidas protetivas, as quais serão acompanhadas junto com as medidas socioeducativas, no processo de execução.⁶²

⁶¹ KONZEN, Afonso Armando. A Discriminação Positiva do Adolescente Autor de Ato Infracional. Juizado da Infância e da Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Conselho de Supervisão dos Juizados da Infância e da Juventude (CONSIJ). Porto Alegre, Ano VIII, n. 11, out. 2014. p. 48.

⁶² CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 20/21.

5 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS FRENTE AO CONCEITO DE PENA

No capítulo anterior vimos que qualquer indivíduo que lesar um bem jurídico de outrem, tutelado pelo Estado, cometerá um ato ilegal e contrário à lei. Se um adulto cometer esse ato, a conduta receberá o nome de crime e ao agente será aplicada uma pena – conceito que será explicado ao longo deste capítulo. Já caso um adolescente venha a cometer o ato ilícito, a conduta terá o nome de ato infracional e ao agente será aplicada uma medida socioeducativa. Não abordaremos os casos de crianças que praticam atos ilícitos pois, conforme demonstrado no capítulo anterior, o conceito já foi brevemente explicado.

Desde o surgimento da civilização e da vida em sociedade, o ser humano sempre teve a intenção de proteger a si mesmo, sua sobrevivência e suas posses. No início não havia um sistema estruturado para executar as penas impostas às transgressões cometidas, sendo assim, as penas eram aplicadas por chefes de clãs, por particulares – a vingança –, pelo clero ou por ordem de um soberano. Vejamos o entendimento de Cleber Massson sobre esse histórico:

“De fato, o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem.”⁶³

Em relação ao caráter unicamente vingativo que as penas possuíam antigamente, sem a intenção de corrigir o delito ou reeducar o criminoso, aclara Teles:

“As primeiras penas eram manifestações de vinganças individuais, extremamente severas e absolutamente desproporcionais, arbitrarias e

⁶³ MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 53.

excessivas. O próprio ofendido ou alguém por ele, geralmente um seu parente de sangue, exercia o direito de punir, impingindo ao agressor do interesse a pena que bem entendesse, em qualidade e quantidade.”⁶⁴

A necessidade do homem de conviver em sociedade fez com que fosse preciso a instauração de regras de convivência, as quais regulamentariam a vida em sociedade. Não obstante, foi necessário, também, a criação de meios estatais, instituídos por lei, para punir as violações às regras estabelecidas. Dessa forma, surgiram as penas que passaram por uma intensa humanização, na visão de Rosa:

“1) A pena deve ser proporcional ao crime: Acabaram-se aquelas crueldades inomináveis e absurdas de condenações à morte por delitos insignificantes; a falta de critérios que existia para estabelecer qualquer tipo ou espécie de castigo, bem como o tempo de duração da pena.

2) Deve ser pessoal: a individualização da pena representou mais importante avanço em sua concepção científica. Ao fixar a pena o juiz deverá examinar as condições pessoais de cada criminoso.

3) Deve ser legal: Só tem valor a pena quando decorrente de uma sentença proferida por juiz competente, através de processo regular, obedecidas as formalidades legais.

4) Deve ser igual para todos: [...] os condenados devem receber o mesmo tratamento, sujeitando-se aos mesmos regulamentos a mesma disciplina carcerária [...].

5) Deve ser, o máximo possível, correccional: [...] Cumpre ao Estado exercer todos os esforços para tentar corrigir o criminoso, criando-lhe novos hábitos e vocação para o trabalho.”⁶⁵

Neste trabalho não serão abordadas as formas de evolução da pena até a realidade atual, isso porque, abordaremos apenas o conceito regente de pena e suas diferenças para o conceito de medida socioeducativa.

Conforme mencionado no capítulo anterior, e retomado no início do presente capítulo, caso um agente maior de 18 anos pratique um ato típico, ilícito/antijurídico e culpável ele terá cometido um crime e contra ele será aplicada uma pena.

Nesse diapasão, podemos definir que quando houver a prática de um crime,

⁶⁴ TELES, Ney Moura. Direito Penal: Parte Geral, arts. 1º a 120. v. 1. 2 ed. São Paulo: Atlas.

⁶⁵ ROSA, Antônio José Miguel Feu. Direito Penal. 1 ed. São Paulo: RT. 1995. p. 421/422.

violando um bem jurídico tutelado pelo Estado e, tendo sido este crime praticado por um maior de 18 anos, a ele será aplicada uma sanção, imposta pelo Estado, por meio de uma ação penal, como meio de retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. A essa punição damos o nome de pena.

Conceitualmente, Victor Eduardo Rios Gonçalves define pena como:

“Pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões.”⁶⁶

Ainda neste tema, Fernando Capez afirma que pena é uma *“sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”⁶⁷.*

A partir dessas conceituações, passamos a entender que a pena é uma consequência do ato ilícito cometido, que priva ou restringe bens jurídicos do infrator, tendo a função de reprovar o mal produzido pela conduta do agente – sendo esse o seu caráter retributivo – e recuperar o criminoso, funcionando como um fator de intimidação geral para, também, prevenir futuras infrações penais – caráter preventivo.

A pena como caráter preventivo possui tanto um aspecto geral como um aspecto especial, que podem ser negativos e positivos. Nas palavras de Nucci esses aspectos são:

⁶⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 7. p. 260.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 358.

“a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada”⁶⁸.

O caráter retributivo da pena consiste na ideia da pena como punição pela prática de um ato ilícito lesivo ao bem jurídico tutelado pelo Estado. Nesse aspecto, ela é uma sanção retribuída ao mal produzido pelo agente.

Sobre os dois aspectos da pena, trazemos as palavras de João Bernardino Gonzada, devidamente citado por Guilherme Nucci:

“[...] justa retribuição pelo fato reprovável, em obediência aos imperativos éticos que devem ser mantidos e reforçados na consciência coletiva; a prevenção geral, que visa, através da cominação e aplicação de sanções, atemorizar a generalidade dos membros do agregado, convencendo-os a se absterem da prática de crimes; a prevenção especial, com o objetivo de neutralizar as tendências malfazejas acaso existentes em certo condenado – afastando-o definitiva ou temporariamente da vida social, amedrontando-o, para que de futuro não mais viole a lei, ou (finalidade superior) corrigindo-o efetivamente.”⁶⁹

Conforme amplamente demonstrado no presente trabalho, aos adolescentes que praticam ato infracional será utilizado como principal base legal o Estatuto da Criança e do Adolescente e não o Código Penal. Dessa forma, se um adolescente lesar o bem jurídico de outrem, tutelado pelo Estado, a ele será aplicada uma medida socioeducativa. O Estatuto estabelece em seu artigo 112:

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 587.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. p. 587.

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

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.”⁷⁰

Em vista do estabelecido no mencionado artigo, passaremos a entender, então, o conceito de medida socioeducativa, diferenciando-o frente ao conceito de pena, seu objetivo, suas modalidades, bem como a execução de tais medidas.

Como visto, aos adolescentes são atribuídas responsabilidades não penais perante o ato cometido, já que, se encontram em condição peculiar de desenvolvimento. De acordo com Souza (2004, p. 232) elas *“são medidas legais adequadas a pessoas em desenvolvimento e que estão sujeitas aos princípios da proteção integral”⁷¹*.

Deste modo, por mais que as medidas socioeducativas não sejam compreendidas como penas, uma vez que possuem um caráter predominantemente educacional, por obrigarem o adolescente infrator ao seu cumprimento, podemos dizer que elas têm caráter impositivo e sancionatório, tendo então o que chamamos de caráter retributivo.

Portanto, a medida socioeducativa difere da pena, justamente por ter um caráter pedagógico predominante, tendo em vista que o seu maior objetivo é a inclusão social do adolescente. Entretanto, a pena e a medida socioeducativa se coincidem, pois, ambas visam sancionar o ato ilegal praticado pelo agente. À vista

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990. Art. 112.

⁷¹ SOUZA, Elaine Castelo Branco. A Liberdade Assistida como Alternativa a Ressociabilização do Adolescente. Florianópolis. 2004.

disso manifesta-se João Batista Saraiva:

“A questão relativa à natureza jurídica da medida socioeducativa necessita enfrentamento, como condição de enfrentamento do sistema. A sanção socioeducativa tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercibilidade, sendo, pois, imposta ao adolescente (que até pode transigir com a Autoridade, no caso de remissão). Neste aspecto, a medida socioeducativa insere-se em um conjunto de sanções que se pode definir como sanções penais, entre as quais a Pena, atribuída ao imputável (maior de 18 anos), faz-se uma espécie.”⁷²

Soma-se a esse entendimento o de Danielli Rinaldi Barbosa:

“E é justamente por este motivo que se exigem elementos tipicamente penais e processuais penais para a imposição da medida socioeducativa, isto é, para o preenchimento de seu aspecto material, essencialmente retributivo (constatação de fato típico, antijurídico e culpável, prova de materialidade e autoria, observância do devido processo legal), ao passo que a sua instrumentalidade demanda regramento específico, desenvolvido para melhor atender às necessidades pedagógicas do adolescente no transcorrer da execução da medida (regras da excepcionalidade e brevidade da internação, medidas aplicáveis por tempo indeterminado e progressão e regressão sujeitas à constatação da evolução do processo de aprendizagem).”⁷³

Konzen complementa:

“Percebe-se a presença de uma resposta estatal de cunho aflitivo para o destinatário, ao mesmo tempo em que se pretende, com a incidência de regras da pedagogia, a adequada (re)inserção social e familiar do autor de ato infracional. Assim, se a medida socioeducativa tem características não-uniformes, pode-se concluir pela complexidade de sua natureza jurídica. A substância é penal. A finalidade deve ser pedagógica.”⁷⁴

Ainda em relação ao caráter das medidas socioeducativas, afirma Mário Volpi:

⁷² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 71/72.

⁷³ BARBOSA, Danielli Rinaldi. *A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa e as Garantias do Direito Penal Juvenil*. Artigo Jurídico. 2009. p. 54.

⁷⁴ KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: Reflexões Sobre a Natureza Jurídica das Medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005. p. 91.

“As medidas socioeducativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração.”⁷⁵

Por ter como um de seus princípios a proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao prever a aplicação de medidas socioeducativas contra os atos infracionais praticados por adolescente, institucionalizou que essas medidas devem ser aplicadas de forma a atender o desenvolvimento psicossocial do adolescente que cometeu o ato infracional com o objetivo, também, de promover a educação deles, para que possam ser ressocializados dentro da sociedade. Nas palavras de Costa Veronese:

“[...] são as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em se tratando das políticas de promoção e defesa de direitos e dentre elas destacamos as mudanças de método: substitui a Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral. O modelo repressor do antigo sistema é substituído pelo trabalho sócio pedagógico (2006, p. 36).”

Completa Mário Volpi:

“Os regimes socioeducativos devem constituir-se em condição que garanta o acesso do adolescente às oportunidades de superação de sua condição de exclusão, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida social.”⁷⁶

Importante salientar que, o Estatuto, além de ter rompido com a Doutrina da Situação Irregular, prevista no Código de Menores, assunto que já foi citado em alguns momentos do presente trabalho, por ter inserido as medidas socioeducativas no conjunto de sanções, à elas, assim como ao processo de apuração dos atos infracionais, são resguardados todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais, legais e obrigatórias nos processos criminais. Vide posicionamento de Danielle Barbosa e Thiago Souza sobre o assunto:

⁷⁵ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 25.

⁷⁶ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 25.

“Não se vislumbra, contudo, nenhum prejuízo, com o reconhecimento da natureza penal de parte dos dispositivos da legislação especial em comento. Contrariamente, o reconhecimento da natureza penal da medida socioeducativa, ao invés de implicar um retrocesso, como dizem alguns, acarreta ilimitados benefícios aos adolescentes acusados da prática de ato infracional, pois, ao mesmo tempo em que salvaguarda a sistemática principiológica do Estatuto, limita a atuação discricionária do Estado-Juiz aos parâmetros do devido processo legal.

De qualquer forma, não é possível imprimir natureza jurídica outra às medidas socioeducativas que não a penal.

Como bem pontua Afonso Armando Kozen, seria inconcebível atribuir às medidas em comento natureza civil ou administrativa, uma vez que a Constituição Federal interdita a admissão de qualquer espécie de privação de liberdade de natureza não penal, à exceção das hipóteses taxativamente previstas nos incisos LXI e LXVII de seu artigo 5º (KOZEN, 2005, p. 60).”⁷⁷

Além de serem resguardadas pelos princípios constitucionais, penais e processuais penais, tais medidas possuem alguns princípios específicos do direito infracional – estabelecidos pela Lei do SINASE –, sendo eles a excepcionalidade, a proporcionalidade, a brevidade e o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Esses princípios são aplicados em observância ao fato de que os adolescentes são pessoas que se encontram em um estágio de desenvolvimento diferente.

Adentraremos em cada um desses princípios a seguir.

Em relação aos princípios da brevidade e excepcionalidade, dois princípios de extrema importância para as medidas socioeducativas, afirmam Emília Klein Malacarne e Henrique Saibro:

“Com relação especificamente à execução das medidas socioeducativas, dá-se ênfase, ainda, aos princípios da brevidade e da excepcionalidade. Esses princípios são especialmente importantes no que tange à medida de internação, e têm como finalidade e a limitação do poder de intervenção do Estado. Assim, na busca por humanização do tratamento estatal da infância e juventude, a intervenção do Estado deve se dar apenas quando houver imperiosa necessidade, pelo menor tempo possível, a fim de reduzir os danos a ela inerentes, especialmente nos casos em que a intervenção tiver conteúdo segregador.”⁷⁸

⁷⁷ BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. Direito da Criança e do Adolescente: Proteção, punição e garantismo. Curitiba: Juruá. 2013. p. 94/95.

⁷⁸ MALACARNE, Emília Klein; SAIBRO, Henrique. A Execução das Medidas Socioeducativas: Principiologia, Natureza Jurídica e o Mito da Impunidade. Porto Alegre: Revista Síntese – Direito

A excepcionalidade, que encontra seu respaldo no artigo 122, parágrafo segundo, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inciso II, artigo 35, da Lei do SINASE, significa que a privação de liberdade deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, se houver a possibilidade de se aplicar medida menos onerosa ao direito de liberdade do adolescente, esta medida deverá ser imposta em detrimento da aplicação da medida de internação.

Esse princípio parte da ideia de que se deve proteger e possibilitar que os adolescentes tenham contato com atividades educacionais que lhes forneçam novos parâmetros de convívio social, sendo assim, quanto mais próximo esses indivíduos puderem estar do convívio social, melhor será para que a medida socioeducativa alcance seu objetivo de reeducação e reintegração social desse grupo.

O princípio da proporcionalidade também deve ser mencionado como um dos princípios basilares da medida socioeducativa, pois trata-se da necessidade de adequar, ou seja, de haver relação de proporcionalidade entre o bem jurídico atingido pelo ato infracional e a medida socioeducativa imposta ao adolescente que o praticou. Tal princípio encontra respaldo no inciso IV, do artigo 35 da Lei do SINASE e no artigo 100, parágrafo único, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A brevidade, outro princípio que deve ser observado na aplicação de medidas socioeducativas, está presente no artigo 121, parágrafo terceiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora o respaldo dado pelo próprio Estatuto para esse princípio, a Constituição Federal, em seu inciso V, parágrafo terceiro, do artigo 227, também apresenta o substrato para ele.

Assim, temos que o princípio da brevidade institui que não haverá prisão perpétua, pois, além de não ser permitida a instituição prévia de um período de internato (de acordo com o artigo 121, parágrafo segundo do ECA), a medida de

internação poderá ser aplicada pelo tempo máximo de três anos. Conforme já julgado no Habeas Corpus n. 26.301.0 (HC 26.301.0), o limite da medida será considerado de acordo com sua necessidade no caso concreto, levando-se em conta o tempo máximo legalmente estabelecido.

Além disso, a brevidade estipula que a intervenção deve se dar o mais rápido possível, ou seja, que deve haver rapidez entre a prática do ato infracional e o início do cumprimento da medida socioeducativa. Nas palavras de Márcio de Pinho Carvalho:

“Isso decorre da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento dos adolescentes, pois, nessa fase da vida, as mudanças de comportamento e de personalidade ocorrem muito rapidamente. Caso haja demora para início da intervenção estatal, a medida socioeducativa pode se tornar sem efeito para trazer alguma intervenção pedagógica produtiva, ou então, pode o adolescente, por si próprio, afastar-se de atos infracionais, evoluir nos estudos, conseguir emprego e constituir família, tornando-se a intervenção desnecessária.”⁷⁹

Por fim, em relação ao último princípio, qual seja, o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, podemos dizer que esse demanda o zelo pela integridade física e moral dos internos, conforme artigo 125, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser realizada uma reavaliação da medida aplicada a cada seis meses, devendo esta ser cumprida em estabelecimento próprio.

A necessidade de reavaliação do adolescente, após transcorrido o prazo de 6 meses da aplicação da medida de internação, não é uma faculdade do juiz, mas sim um direito desses indivíduos, pois uma vez entendido que a medida atingiu o seu objetivo de reeducar o jovem, não mais será necessário estendê-la. Ademais, em relação a necessidade de a medida ser cumprida em estabelecimento próprio, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente registra sistema distinto do Direito Penal. A criança e o adolescente, apesar da conduta ilícita, não cometem

⁷⁹ CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 75.

infração penal. Em consequência, cumpre evitar a convivência com os adultos. Importante, fundamental é a segurança física. Secundária, a construção física. O prédio pode ser o mesmo, devendo, porém, ser preservada a separação de ambiente" (STJ – RHC 3.139-5 – Rel. Vicente Cernichiaro – DJU, de 13.12.93, p. 27. 489)."

As medidas socioeducativas têm, portanto, e conforme demonstrado, uma proposta pedagógica principal que visa à reinserção social do jovem, buscando que eles passem por uma ressignificação de valores e reflexão interna, até voltarem a participar do seio social.

Ademais, não se pode deixar de lado o caráter punitivo que essas medidas possuem. Tal caráter não as equipara às penas instituídas aos adultos, mas somente resguarda que sua aplicação respeite, além de seus próprios princípios, os princípios constitucionais, penais e processuais penais.

No próximo item deste capítulo, entenderemos um pouco mais sobre quais são as medidas socioeducativas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e sua execução.

5.1 Quais são, objetivos e aplicação das medidas socioeducativas

Conforme mencionado no item anterior, o artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta, brevemente, quais são as medidas socioeducativas existentes, sendo que suas espécies estão descritas nos artigos 115 a 125 do Estatuto, sendo elas a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

O juiz da vara de infância e juventude, mediante o devido processo legal, será o responsável por determinar a aplicação de uma medida ao adolescente que cometeu o ato infracional, uma vez que, somente ele tem competência para aplicar e acompanhar a execução da medida.

A advertência é uma medida socioeducativa aplicada diretamente pelo próprio juiz da Vara da Infância e da Juventude, em audiência, ao adolescente que pratica um ato infracional. Tal medida consiste em uma admoestação verbal, ou seja, em uma espécie de bronca, que além de ter um caráter intimidatório servirá para informar e formar o adolescente, devendo envolver os responsáveis, ocorrendo em um procedimento ritualístico. A seguir a conceituação dada por Márcio Pinho de Carvalho:

“Segundo o art. 115 do ECA, a advertência consistirá em uma admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada. É um aviso verbal feito pelo juiz ao jovem para ele mudar o comportamento e ficar afastado de atos infracionais, além de lembrá-lo da necessidade de não se envolver com más companhias, ter bom desempenho e comportamento na escola e respeitar regras familiares. É cumprida em ato único, geralmente em uma audiência, e logo é extinta, não sendo necessária a formação de autos de execução (art. 38 da Lei do Sinase).”⁸⁰

Caso o ato infracional praticado pelo adolescente tenha reflexos patrimoniais, a autoridade judiciária poderá determinar que o adolescente restitua o bem, que haja o ressarcimento do bem e/ou que seja cumprida alguma outra forma de compensação ao prejuízo da vítima. Essa medida tem como objetivo que o adolescente reconheça o erro que cometeu e repare-o, para que entenda a responsabilidade de seu ato. Tal medida é personalíssima do adolescente, sendo, também, intransferível.

As principais características dessa obrigação são a necessidade de o ato infracional ter reflexos patrimoniais e a possibilidade de ser cumprida de formas diferentes. A obrigação de reparar o dano é cumprida pela intermediação da Vara da Infância e da Juventude entre o adolescente e a vítima, em ato único, não ensejando a necessidade de formação de autos de execução, conforme artigo 38, da Lei do SINASE. De acordo com a autora Ana Paula Motta Costa:

“Logo a seguir, está prevista a obrigação de reparar o dano (art. 112, II do ECA), destina-se ao tratamento de atos infracionais com reflexos

⁸⁰ CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 25.

patrimoniais. A autoridade judicial pode 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. Somente havendo manifesta impossibilidade de aplicação e/ou cumprimento desta medida, considerando a condição do adolescente, ela poderá ser substituída por outra.”⁸¹

Outra medida socioeducativa é a prestação de serviços à comunidade. Essa medida está presente no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente e constitui-se na realização de tarefas gratuitas de interesse social, por período não superior a seis meses. Tais atividades devem ser realizadas em estabelecimentos como entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas comunitários ou governamentais, ou em outros estabelecimentos congêneres.

É importante ressaltarmos que a jornada máxima de prestação dos serviços deve ser de oito horas semanais, devendo ser dada a preferência para ser cumprida aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, desde que não prejudique a frequência à escola ou à jornada de trabalho. O juiz da Vara da Infância e da Juventude, ao determinar a aplicação desta medida, deverá levar em conta as aptidões do adolescente, ou seja, a aplicação depende exclusivamente deste órgão, mas deve ser operacionalizada de modo compartilhado entre órgãos e entidades públicas e privadas que sejam conveniadas para este fim. Nas palavras de Mário Volpi:

“Prestar serviços à comunidade constitui uma medida com forte apelo comunitário e educativo tanto para o jovem infrator quanto para a comunidade, que por sua vez poderá responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral desse adolescente. Para o jovem é oportunizada a experiência da vida comunitária, de valores sociais e de compromisso social.”⁸²

Ainda em relação a efetividade de tal medida, complementa Volpi:

“Entendemos que a prestação de serviços à comunidade será cada vez mais efetiva na medida em que houver o adequado acompanhamento do

⁸¹ COSTA, Ana Paula Morra. As Garantias Processuais do Direito Penal Juvenil: Como Limite na Aplicação da Medida Socioeducativa de Internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 84.

⁸² VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 29.

adolescente pelo órgão executor, o apoio da entidade que o recebe, e a utilidade real da dimensão social do trabalho realizado.”⁸³

Necessário pontuar, ainda, que o jovem permanece em liberdade durante a execução da prestação de serviços à comunidade, permanecendo em sua moradia, na companhia de seus responsáveis, devendo cumprir as horas e os dias estabelecidos na sentença judicial.

Por se tratar de uma medida que gera responsabilidade ao adolescente, este deverá atender algumas regras durante a execução, como comparecer à instituição responsável para atendimentos nos dias e horários marcados; participar de todas as reuniões marcadas pela coordenação do programa ou pela instituição; frequentar a escola e apresentar rendimento escolar; tratar com respeito e atenção os tutores, os funcionários e o público atendido pela instituição; demonstrar interesse e bom desempenho nas atividades desenvolvidas; atender a outros encaminhamentos realizados pelo tutor; e não comparecer à instituição sob efeito de qualquer tipo de droga.

Caso o jovem descumpra com a atividade, sua situação será revista pelo juiz, podendo ele ser advertido, ser obrigado a cumprir novamente a medida ou tê-la substituída por outra. Em último caso e, somente mediante audiência de justificação, poderá ser determinada a internação-sanção do jovem, que não poderá exceder o período de três meses.

A liberdade assistida é uma medida socioeducativa que *“consiste no acompanhamento, auxílio e orientação do adolescente que praticou ato infracional (art. 118 do Estatuto menorista). Para tanto, o juiz de Direito competente deverá designar pessoa capacitada a qual ficará encarregada de promover socialmente o adolescente e sua família, supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, diligenciar para profissionalização e inserção do adolescente no*

⁸³ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 29.

*mercado de trabalho e apresentar relatório do caso*⁸⁴.

Nesse entendimento, a medida de liberdade assistida é uma medida coercitiva aplicada quando for verificada a necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente. Tal acompanhamento é personalizado e deve objetivar a educação visando os seguintes âmbitos: proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, frequência na escola, e inserção no mercado de trabalho e/ou cursos profissionalizantes e formativos. O adolescente não fica privado de sua liberdade, permanecendo em sua moradia, mas será submetido às exigências do programa, como por exemplo sua participação nas atividades propostas pelos orientadores da liberdade assistida.

Em relação a execução de tais medidas, podemos dizer que os Núcleos de Liberdade Assistida são os principais executores e que os programas devem ser estruturados em nível municipal, preferencialmente localizados nas comunidades de origem do adolescente. Sendo que:

*“O programa de liberdade assistida exige uma equipe de orientadores sociais, remunerados ou não, para o cumprimento do artigo 119 do ECA, tendo como referência a perspectiva do acompanhamento personalizado, inserido na realidade da comunidade de origem do adolescente, e ligado a programas de proteção e/ou formativos. Tanto o programa como os membros da equipe passam a constituir uma referência permanente para o adolescente e sua família.”*⁸⁵

O órgão judiciário é quem supervisiona e acompanha as ações dos programas, sendo este responsável por verificar se o jovem está cumprindo o programa estabelecido pelo núcleo executor. A medida é aplicada por no mínimo seis meses, e a prorrogação desse prazo dependerá do comprometimento do adolescente com o cumprimento das metas estabelecidas.

Assim, caso a evolução seja satisfatória, a equipe executora poderá sugerir a sua libertação. Contudo, caso o juiz entenda que o jovem não está cumprindo com

⁸⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas. 3ª ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 110.

⁸⁵ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 30.

suas metas e atividades, o jovem poderá ser advertido em juízo, ter prorrogado o prazo da liberdade assistida, ser ela substituída por outra medida, ou ser aplicada a internação-sanção que, assim como no caso da prestação de serviços à comunidade, somente poderá ser aplicada após audiência de justificação.

As medidas acima apresentadas constituem medidas socioeducativas em meio aberto, uma vez que, em nenhuma delas o adolescente encontra-se privado de sua liberdade, permanecendo ele em sua moradia junto de seus responsáveis. Já as medidas que serão explicadas a seguir, são medidas socioeducativas em meio privativo de liberdade, ou seja, com a aplicação dessas medidas o adolescente terá sua liberdade restrita.

A semiliberdade é uma medida socioeducativa que pode ser aplicada desde o início, ou seja, aplicada já na sentença do processo de apuração de ato infracional, ou pode ser aplicada como forma de transição para o meio aberto, sendo uma transição entre a internação e outra medida mais branda, ou entre a internação e a liberação do cumprimento da medida socioeducativa. Ela ocorre em meio privativo de liberdade, porém nesse caso a privação de liberdade é parcial, pois o adolescente pode realizar atividades externas durante o dia, independentemente de autorização judicial.

Grande parte das atividades externas podem ser praticadas sem escolta e, conforme dito, não dependem de autorização do magistrado. Tais atividades são definidas e autorizadas pela própria direção do local onde o adolescente cumpre a medida de semiliberdade, sendo que devem ser incentivadas atividades como estudar, trabalhar e participar de cursos profissionalizantes. Durante a semana o adolescente permanece sob a responsabilidade da equipe da semiliberdade e, caso apresente evolução satisfatória dentro do programa, poderá sair aos finais de semana para ficar na companhia de seus pais e responsáveis, em sua moradia, devendo retornar à unidade de semiliberdade no dia e horário convencionados pela equipe executora da medida, sob pena de receber sanções disciplinares pela coordenação da unidade.

Mário Volpi, em suas pesquisas, constatou a existência de, basicamente, duas modalidades de aplicação da medida de semiliberdade:

“a. Programas caracterizados por unidades de atendimento para grupos de até 40 adolescentes, onde o acesso ao meio externo é programado progressivamente a partir do processo de desenvolvimento educacional do adolescente. São conhecidos como semi-internatos. b. Programas de semiliberdade caracterizados por unidades comunitárias de moradia, para grupos de cerca de doze adolescente, para manutenção e inserção do adolescente em programas sociais e comunitários”⁸⁶.

Ademais, a medida não possui prazo determinado e sua manutenção é reavaliada a cada seis meses, sendo que o juiz receberá relatórios elaborados pela instituição executora sobre o comportamento e a trajetória de cada jovem.

Dessa forma, caso o adolescente não cumpra o programa estabelecido pela instituição executora da medida, a situação será revista pelo juiz, que poderá advertir o adolescente e/ou aplicar uma internação sanção por até três meses. Além de ter que cumprir com os horários de retorno estabelecidos pela unidade de semiliberdade, o adolescente deve cumprir com algumas obrigações, tais como, retornar à unidade de semiliberdade nos dias e horários marcados, após o usufruto das saídas semanais; ausentar-se da unidade apenas quando autorizado pela coordenação e/ou equipe técnica da unidade; frequentar a escola e apresentar rendimento escolar; revelar interesse por atividades profissionalizantes; tratar com respeito e atenção os funcionários da Unidade e demais socioeducandos; demonstrar interesse e bom desempenho no cumprimento das metas estabelecidas em seu plano individual de atendimento; atender aos encaminhamentos realizados pela coordenação e/ou equipe técnica da Unidade; não comparecer à instituição portando ou sob efeito de qualquer tipo de droga e não se ausentar da cidade sem autorização judicial.

Por fim, temos a medida de internação, que é a medida mais grave prevista

⁸⁶ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 33/34.

no Estatuto da Criança e do Adolescente e somente deve ser destinada aos adolescentes que praticaram atos infracionais graves. Pelo rigor imposto pela medida, ou seja, pela privação de liberdade, o artigo 122 estabeleceu que a internação somente poderá ser aplicada quando se tratar de um ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, devendo haver reiteração no cometimento de outras infrações graves e o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. Além disso, a internação somente deverá ser atribuída caso não haja outra medida adequada, conforme estabelece o parágrafo segundo do citado artigo.

Nesse caminho, vejamos os ensinamentos de Mário Volpi sobre o tema:

“Assim sendo, os que forem submetidos à privação de liberdade só o serão porque a sua contenção e submissão a um sistema de segurança são condições sine qua non para o cumprimento da medida socioeducativa. Ou seja, a contenção não é em si a medida socioeducativa, é a condição para que ela seja aplicada. De outro modo ainda: a restrição de liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir e não de outros direitos constitucionais, condição para sua inclusão na perspectiva cidadã.”⁸⁷

A medida socioeducativa da internação deverá respeitar os princípios de brevidade, excepcionalidade e à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, princípios esses amplamente explicados no capítulo anterior. Deve, ainda, ser assegurada a reavaliação da medida em períodos máximos de seis meses, já que, ao instituí-la, o juiz não determina um prazo de duração da mesma, que, conforme mencionado, não poderá se estender por mais de três anos. Alcançado tal limite, o adolescente deverá ser colocado em regime de semiliberdade ou liberdade assistida e, caso o jovem alcance os 21 anos de idade, haverá sua liberação compulsória.

Os adolescentes no cumprimento da medida de internação devem receber permissão para realizar atividades externas, sendo que essa autorização é dada a critério da equipe técnica da entidade que executa a internação do jovem. Contudo, caso haja determinação judicial expressa em contrário à realização dessas

⁸⁷ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 35.

atividades, o adolescente não poderá realizá-las. Sobre tal possibilidade, ensina Márcio Carvalho:

“[...] apesar dessa previsão, observa-se, na prática, ser bastante difícil a realização de atividades externas. Geralmente, as saídas, com escolta, são resumidas à necessidade de atendimento médico, emissão de documentos ou sepultamento de familiares”⁸⁸.

A internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para os adolescentes e deverá haver a separação rigorosa por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Além disso, devem ser observados os direitos processuais e de dignidade do adolescente, como o de entrevistar-se pessoalmente com representante do Ministério Público, peticionar diretamente a qualquer autoridade, ser tratado com respeito e dignidade, permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsáveis, receber visitas, ao menos semanalmente, ter acesso aos objetos necessários à higiene, habitar alojamentos em condições adequadas de higiene e salubridade, receber escolarização e profissionalização, realizar atividades culturais, esportivas e de lazer, manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, em nenhuma hipótese poderá haver a incomunicabilidade, embora a autoridade judiciária possa suspender temporariamente visitas ao adolescente.

Por ter como principal finalidade a formação para a cidadania, existem diversos princípios pedagógicos norteadores da organização da vida cotidiana, sendo que citaremos alguns dos mais importantes, tais como, a necessidade de ser oferecido espaço para que o adolescente reflita sobre os motivos que o levaram a praticar o ato infracional, a necessidade de que o trabalho educativo vise a educação para o exercício da cidadania, o respeito à privacidade mínima e a construção de relações ou grupos sociais espontâneos e informais, o incentivo à realização das atividades externas e o entendimento de que o envolvimento da família e da

⁸⁸ CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 28.

comunidade são vitais para a quebra do isolamento, facilitando o processo de retorno à vida social.

A grande problemática das medidas socioeducativas, e em especial da medida de internação, é que em muitas vezes essas medidas ao invés de alcançarem o objetivo de reintegração e reeducação dos adolescentes que praticaram um ato infracional, acabam ou por afastar ainda mais os adolescentes da sociedade ou por fazê-los envolverem-se ainda mais com o crime.

Em relação ao problema relativo às pessoas que são responsáveis pelas unidades de internação, Mário Volpi apresenta uma dificuldade que ainda é encontrada atualmente:

“A conhecida figura do infrator confinado em pátios de imensos pavilhões sob a ‘guarda’ de um corpo despreparado de monitores, vigilantes, inspetores etc. deve ser definitivamente abolida. Ela não atende, em hipótese alguma, aos fins sociais a que se dirige o Estatuto. Mesmo que os agentes hoje denominados monitores, vigilantes, inspetores etc. sejam ‘preparados’, a experiência já tem demonstrado que não passam de carcereiros sem nenhuma carga pedagógica para a formação da cidadania.”⁸⁹

Necessário dizer que o adolescente que recebeu uma medida socioeducativa da internação deve cumprir algumas obrigações, sendo algumas delas: frequentar a escola e apresentar rendimento escolar, frequentar as oficinas profissionalizantes, tratar com respeito e atenção os funcionários da Unidade e demais internos, demonstrar interesse e bom desempenho no cumprimento das metas estabelecidas em seu plano individual de atendimento, atender aos encaminhamentos realizados pela coordenação e/ou equipe técnica da unidade, e observar os horários de retorno à unidade quando estiver em gozo de benefícios.

Ademais, caso o adolescente não cumpra com o programa estabelecido pela instituição executora da medida, ou com alguma de suas obrigações, o juiz reavaliará a situação, sendo que tal comportamento poderá comprometer a obtenção de

⁸⁹ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 47.

benefícios externos e/ou a liberação ou substituição da medida socioeducativa.

6 A EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Feitas as análises dos capítulos anteriores relativamente aos princípios do direito penal, conceitos de ato infracional, crime, pena e medida socioeducativa, é necessário analisarmos como essas medidas funcionam em nossa sociedade e se elas são efetivamente aplicadas.

Assim, é preciso contextualizar o leitor sobre os números relativos às medidas socioeducativas.

De acordo com a BBC News, informações referentes a 2021, demonstram que, conforme dados do SINASE, 46 mil menores de idade se encontravam em conflito com a lei, tendo de cumprir medidas socioeducativas. Sendo que, desses 46 mil jovens, 59% eram negros e 22% brancos⁹⁰.

Tais números assustam e, se formos analisar o histórico de internações e medidas socioeducativas aplicadas, é perceptível que os números vinham crescendo muito e que as instituições executoras das medidas não eram capazes de abrigar esse grande número de jovens e de desenvolver atividades educativas para eles. Ensina Julio Cesar Francisco:

“(...) verifica-se, considerando o Levantamento Anual do Sinase de 2017, um aumento das sentenças de privação e restrição de liberdade no Brasil, passando de 17.703 em 2010 para 24.628 em 2014, um aumento de aproximadamente 39,10%, em que, nesse último ano registrou-se 48 óbitos dentro de unidades, decorrentes de conflitos generalizados (13%), conflito interpessoal (31%), suicídio (8%), morte natural (2%) e sem informação (46%) (Brasil, 2017). Grande parte das instituições executoras das medidas tem dificuldade para desenvolver atividades educativas com os adolescentes, sobretudo porque utilizam da adoção de princípios pautados em fundamentos repressivos-reprodutivistas (Francisco, 2017).”⁹¹

⁹⁰ BBC NEWS BRASIL. Histórico de adolescentes infratores no Brasil inclui violência da família, escola, polícia e facções. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59424863>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

⁹¹ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco

Além disso, dados coletados pelo “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022 – A queda das internações de adolescentes a quem se atribui ato infracional”, desde 2018 pode-se notar uma queda da aplicação de medidas socioeducativas em meio fechado – ou seja, queda na aplicação de medidas de semiliberdade e da internação, vistas no capítulo anterior. No referido ano, 25.084 adolescentes estavam internados, verificando-se uma queda de 45,4% para o ano de 2021, quando 13.684 jovens se encontravam em situação de medida socioeducativa em meio fechado⁹².

Trata-se de um fenômeno que vêm sendo observado em todo o território brasileiro, já que, das 27 Unidades Federativas, 26 possuem um patamar negativo de variação de taxa de internação. O Estado da Bahia, por exemplo, apresentou uma variação de, aproximadamente, -66,2% nas taxas de interação. Já o Estado do Rio Grande do Norte foi o único estado que apresentou um patamar positivo em relação à taxa de adolescentes internados, tendo havido um crescimento de 159,3%⁹³.

No Estado de São Paulo, local que sempre liderou os índices de aplicação da medida socioeducativa de internação, sendo responsável por, em média, 34% dos jovens internados no Brasil, houve uma queda significativa das internações, dado este que pode ser visto na tabela abaixo⁹⁴:

Editorial; 2020. p. 16.

⁹² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A queda das internações de adolescente a quem se atribui ato infracional. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022. p. 5.

⁹³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A queda das internações de adolescente a quem se atribui ato infracional. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022. p. 6.

⁹⁴ Dados retirados de: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A queda das internações de adolescente a quem se atribui ato infracional. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022. p. 6.

<u>Ano</u>	<u>Total de internações</u>
2018	8.418
2019	7.494
2020	5.075
2021	4.847

Por mais que exista queda no total de internações em São Paulo, o estado ainda possui um dos maiores índices. Julio Cesar Francisco, em seu livro “Jovens Infratores nas Mãos do Estado”, aponta, sobre o alto índice de aplicação de medidas socioeducativas de internação no Estado de São Paulo:

“O estado de São Paulo é o território onde mais se aplica sentenças de privação e restrição de liberdade como maneira de enfrentar o crescimento dos atos infracionais.”⁹⁵

Em 2021, as infrações mais cometidas entre os internados em São Paulo, conforme informações fornecidas pela Fundação Casa, órgão que aplica medidas socioeducativas no estado, eram: 49% infrações ligadas ao tráfico de drogas; 37% roubos; 3% furtos e 2,6% homicídios⁹⁶.

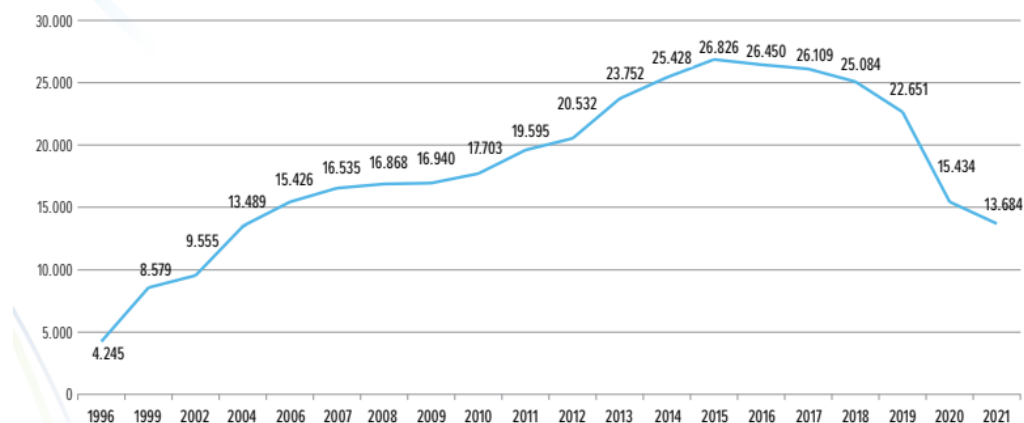
Passaremos a entender a evolução do número de adolescentes cumprindo as medidas socioeducativas em meio fechado no Brasil, entre os anos de 1996 e 2021.

A partir da análise do gráfico abaixo, resta claro que houve um pico de internações em 2015, o que representou 26.826 adolescentes internados. Logo após o pico, podemos perceber que entre os anos de 2015 e 2017 o gráfico ficou praticamente estável, não havendo muita discrepância no número de internação nesse período.

⁹⁵ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 17.

⁹⁶ BBC NEWS BRASIL. Histórico de adolescentes infratores no Brasil inclui violência da família, escola, polícia e facções. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59424863>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

Evolução do número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado
Brasil – 1996-2021



Fonte: Ministério da Mulher, Família e Direito Humanos. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei; Secretarias de Estado da Justiça e Segurança Pública; Secretarias de Justiça e Cidadania; Instituto Socioeducativo/AC; Secretaria de prevenção à Violência/AL; Fundação da Criança e do Adolescente/AP; Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania/AM; Fundação da Criança e do Adolescente/BA; Secretaria da Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos/CE; Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania/DF; Instituto de Atendimento Socioeducativo/ES; Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social/GO; Fundação da Criança e do Adolescente/MA; Secretaria de Estado de Segurança Pública/MT; Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS; Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MG; Fundação de Atendimento Socioeducativo/PA; Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente "Alice de Almeida"/PB; Secretaria de Justiça, Família e Trabalho/PR; Fundação de Atendimento Socioeducativo/PE; Secretaria de Assistência Social e Cidadania/PI; Secretaria de Educação/RJ; Fundação de Atendimento Socioeducativo/RN; Fundação de Atendimento Socioeducativo/RS; Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo/RO; Secretaria do Trabalho e do Bem-estar social/RR; Secretaria da Administração Prisional e Socioeducativa/SC; Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente/SP; Fundação Renascer/SE; Secretaria de Cidadania e Justiça/TO; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

97

Outro ponto que chama bastante atenção é o fato de que a partir de 2018 a queda começou a se acentuar, sendo o ano de 2020 o momento em que o cenário mudou radicalmente, havendo uma queda de 7.217 adolescentes sendo internados.

Tendo em vista a drástica queda dos últimos anos, fato não identificado anteriormente, resta o seguinte questionamento: essa queda se dá pelo fato de as

⁹⁷ Fonte: Ministério da Mulher, Família e Direito Humanos. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei; Secretarias de Estado da Justiça e Segurança Pública; Secretarias de Justiça e Cidadania; Instituto Socioeducativo/AC; Secretaria de prevenção à Violência/AL; Fundação da Criança e do Adolescente/AP; Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania/AM; Fundação da Criança e do Adolescente/BA; Secretaria da Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos/CE; Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania/DF; Instituto de Atendimento Socioeducativo/ES; Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social/GO; Fundação da Criança e do Adolescente/MA; Secretaria de Estado de Segurança Pública/MT; Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS; Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MG; Fundação de Atendimento Socioeducativo/PA; Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente "Alice de Almeida"/PB; Secretaria de Justiça, Família e Trabalho/PR; Fundação de Atendimento Socioeducativo/PE; Secretaria de Assistência Social e Cidadania/PI; Secretaria de Educação/RJ; Fundação de Atendimento Socioeducativo/RN; Fundação de Atendimento Socioeducativo/RS; Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo/RO; Secretaria do Trabalho e do Bem-estar social/RR; Secretaria da Administração Prisional e Socioeducativa/SC; Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente/SP; Fundação Renascer/SE; Secretaria de Cidadania e Justiça/TO; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública

medidas socioeducativas estarem se mostrando efetivas para diminuir a quantidade de jovens infratores ou são outros fatores que causaram essa mudança?

Para responder a esse questionamento, o SINASE realizou algumas pesquisas e levantamentos, que serão apresentados abaixo.

Acredita-se que o primeiro acontecimento que levou à queda do número relativo à aplicação de medidas socioeducativas em meio fechado foi a Recomendação CNJ nº 62 de 17/03/2020. Essa Recomendação veio logo após a decretação da pandemia de Covid-19 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e recomendou, em seu artigo 2º, que:

“magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória[...]”⁹⁸.

A recomendação continuou no artigo 3º:

“Art. 3º Recomendar aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente:

I – a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão [...]”

Sendo assim, houve uma recomendação clara do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de que os magistrados atuassem de forma a diminuir a quantidade de aplicação de novas medidas socioeducativas de internação e a desinternar os adolescentes aos quais havia sido aplicada tal medida, considerando os seguintes pontos: aqueles adolescentes que tivessem maior risco de serem

⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

contaminados pelo vírus; aqueles que estivessem internados provisoriamente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade; os que estivessem internados em unidades que não dispunham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, ou que tivessem instalações que favorecessem a propagação do vírus; e os que estivessem internados pela prática de atos infracionais sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Sem dúvida, tal recomendação é uma das responsáveis pela queda de internações observadas a partir de 2020, uma vez que os dados apresentados na tabela acima têm como referência os meses de novembro, ou seja, oito meses após o início da orientação do CNJ.

Soma-se a essa recomendação do CNJ, a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus Coletivo nº 143.988/ES⁹⁹, datada de 21 de agosto de 2020. Tal decisão foi proferida pelo Superior Tribunal Federal (STF) e teve seus efeitos estendidos a todas as Unidades Federativas do país, tendo sido determinado que as unidades de cumprimento de medida socioeducativa de internação não ultrapassassem a capacidade prevista para cada unidade. A sugestão foi de que fosse realizada uma reavaliação dos adolescentes internados, exclusivamente pela reiteração de infrações sem violência ou grave ameaça à pessoa, e para que fosse feita a conversão de medidas de internação em internações domiciliares, caso as demais medidas socioeducativas não fossem suficientes para adequação da capacidade das unidades de internação.

Analisando os dados relativos à quantidade de vagas disponíveis em unidades de restrição de liberdade, publicados no Levantamento Anual do SINASE de 2019¹⁰⁰, podemos perceber que nos anos de 2018 e 2019, das 27 Unidades Federativas, 15 detinham mais adolescentes internados do que vagas disponíveis. Já

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.988, Espírito santo. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

¹⁰⁰ LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2017. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

em 2020, somente 6 estados se mantiveram na situação de mais adolescentes internados do que vagas disponíveis, enquanto que em 2021 foram somente 5 estados, quais sejam: Acre, Amapá, Amazonas, Rio Grande do Norte e Tocantins.

Dessa forma, podemos dizer que tanto a Recomendação CNJ nº 62, quanto a decisão do Habeas Corpus Coletivo mencionada, foram responsáveis por determinar a queda de medidas socioeducativas em meio fechado a partir do ano de 2020.

Outrossim, ainda de acordo com as informações apresentadas no “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022”, foram realizadas conversas com pesquisadores e profissionais que atuam no sistema socioeducativo, como Defensores Públicos, ativistas e técnicos do sistema de diversos estados. Segundo eles, é unânime a avaliação de que estamos diante de uma queda no número de apreensões de adolescentes pelo cometimento de ato infracional¹⁰¹, ou seja, eles entendem que a queda evidenciada no gráfico, além de ser consequência dos itens acima mencionados, é uma consequência de uma mudança na porta de entrada do sistema – da diminuição de apreensões feitas pela polícia – e não de uma mudança na instrução e execução de medidas socioeducativas – acreditam que não houve uma grande mudança na atuação dos Juízes e Promotores no sentido da aplicação de medidas.

Conforme dito no capítulo 5, as medidas socioeducativas possuem um caráter predominantemente pedagógico, tendo também um aspecto que pode ser comparado ao caráter preventivo das penas, uma vez que, além da aplicação de tais medidas servir para reeducação e ressocialização do adolescente, serve, também, de exemplo para os demais adolescentes, no sentido de que, caso eles pratiquem um ato infracional, a eles também será aplicada uma medida socioeducativa.

¹⁰¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A queda das internações de adolescente a quem se atribui ato infracional. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022. p. 9.

Ainda, ao nos reportarmos, novamente, ao gráfico, podemos perceber que a quantidade de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas sempre foi uma crescente, sendo que foi somente a partir de 2019 que esses números começaram a cair, sendo 2020 o ano da drástica queda.

Acima foram apresentados os motivos que levaram a essa queda, portanto, podemos dizer que a diminuição se deu, não pelo fato de que os adolescentes deixaram de praticar atos infracionais por “receio” de lhes ser aplicada uma medida socioeducativa – quando poderíamos dizer que o caráter preventivo foi efetivo – mas sim, por outros motivos – como a Recomendação CNJ nº 62, a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus Coletivo e a diminuição de apreensões feitas pela polícia. Dessa forma, pelo exemplo ser uma de suas características, podemos dizer que se ano após ano houve um crescimento do número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa no meio fechado – o mais rigoroso – esse aspecto não está sendo efetivo em nossa sociedade.

Apresentaremos a seguir outras questões relativas à problemática de aplicação de medidas socioeducativas.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são competentes para legislar sobre essas medidas. A União possui como atribuição a coordenação, organização e auxílio aos Estados e Municípios para a manutenção dos programas de atendimento, sendo assim, ela não desenvolve programas próprios, mas auxilia os demais. Já os Estados e o Distrito Federal devem manter programas e unidades de cumprimento das medidas de internação e semiliberdade, devendo, ainda, garantir a defesa técnica dos adolescentes. Por fim, os Municípios são os responsáveis por manter e executar os programas socioeducativos em meio aberto, podendo instituir consórcios públicos ou outros instrumentos jurídicos para compartilhar as responsabilidades.

Foi criado em 2013 um Plano Nacional Socioeducativo que previu metas a serem cumpridas até 2023, sendo que esse plano instituiu quatro eixos – gestão, qualificação do atendimento, participação cidadã dos adolescentes e sistemas de

justiça e segurança –, treze objetivos e setenta e três metas.

O Plano tinha como princípios a visão de que adolescentes são sujeitos de direitos, entre os quais aplica-se a presunção de inocência; ao adolescente que cumpre medida socioeducativa deve ser dada proteção integral de seus direitos; em consonância com os marcos legais para o setor, o atendimento socioeducativo deve ser territorializado, regionalizado, com participação social e gestão democrática, intersetorialidade e responsabilização, por meio da integração operacional dos órgãos que compõem esse sistema.

Esse plano é extremamente detalhado e prevê a atuação de diversos órgãos públicos na execução das medidas socioeducativas, considerando ainda a necessária atenção de todos para a efetiva implementação dos direitos fundamentais aos socioeducandos. Por mais que se trate de um plano extremamente minucioso, o que se vê, na realidade, é que tais metas não são efetivamente aplicadas em nosso país. Conforme preleciona Márcio Pinho de Carvalho:

“Observa-se que, infelizmente, a implementação de muitas metas ainda está precária e espera-se que, a cada dia, a família, a comunidade, a sociedade e o Estado atuem de forma mais ativa e efetiva para o pleno cumprimento de todas as disposições do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo. Certamente a efetivação de todas as propostas será de grande valia para a diminuição do número de atos infracionais, bem como da reincidência dos egressos e isso será benéfico para toda a sociedade.”¹⁰²

Na mesma linha, informou a juíza Marina Gurgel – que atua na área de infância e juventude do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, durante o Seminário Nacional sobre a Aplicação de Medidas Socioeducativas a Adolescentes Infratores, promovido pela comissão especial da Câmara dos Deputados – que a implantação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e o cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente são falhos em todo o país. A magistrada ainda apresentou à comissão informações coletadas pelo CNJ e pelo Ministério da

¹⁰² CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020. p. 59.

Justiça, demonstrando que os Estados e os Municípios não implementaram as medidas previstas no SINASE para a ressocialização dos adolescentes infratores. Nas palavras da magistrada:

“As falhas identificadas pela equipe do CNJ estão localizadas mais na execução do sistema que no próprio sistema socioeducativo, tão criticado. Em um cenário como esse, não cabe nem sequer a discussão sobre ampliação do tempo de internação dos adolescentes. Muito menos aventar a redução da maioridade penal, de constitucionalidade duvidosa. No País ainda impera a lei do ‘cassetete pedagógico’ e não um programa pedagógico voltado à ressocialização dos adolescentes e jovens privados de liberdade.”¹⁰³

Além disso, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização, em visita a todas as unidades de internação de adolescentes no país, constatou que os adolescentes são mantidos em locais insalubres e sem acesso à educação. Tal situação além de ferir com o princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, que zela pela integridade física e moral dos internos – conforme demonstrado no item 3.1 – estabelecendo que as medidas devem ser cumpridas em estabelecimento próprio e adequado, oferecendo condições dignas de habitação, fere com a finalidade básica e primordial das medidas socioeducativas, qual seja, a educação e ressocialização desses indivíduos.

Ainda em relação à precariedade encontrada em diversas instituições do país, que fere com o princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, constatou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em visitas simultâneas aos centros de internação em quase todo o país que *“várias dessas instituições se encontravam com problemas de superlotação, com registro de até cinco adolescentes em quartos com capacidade individual, e os quartos coletivos abrigam até o dobro de sua capacidade”¹⁰⁴.*

¹⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ aponta falhas na aplicação de medidas socioeducativas, em seminário nacional. 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aponta-falhas-na-aplicacao-de-medidas-socioeducativas-em-seminario-nacional/>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

¹⁰⁴ Um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei. Brasília: OAB; CFP, 2006. Disponível em: <http://www.pol.org.br/publicacoes/pdf/relatoriocaravanas.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2022

Outro exemplo da ineficácia da aplicação dessas medidas foi constatado por Jhenifer Rangel Machiori que, ao acompanhar dois adolescentes aos quais foram aplicadas medidas socioeducativas de internação, pôde constatar uma falha do Estado no que diz respeito a aplicação dessa medida, uma vez que os jovens foram encaminhados para outro estado para cumpri-la, não receberam visitas da família durante os meses que permaneceram internados e relataram agressões por parte da equipe técnica.

Essa constatação corrobora, ainda mais, com a ideia de que na execução das medidas socioeducativas, principalmente de internação, não há a observação aos princípios e aos direitos do adolescente privado de liberdade, haja vista que a esses adolescentes é garantido o direito de ser tratado com respeito e dignidade, não podendo sofrer a aplicação de castigos físicos – o que foi aplicado no caso concreto.

Ainda, conforme visto no capítulo anterior, esses adolescentes devem ser internados na mesma localidade, ou na mais próxima ao domicílio de seus pais e responsáveis – contrariamente, no caso concreto eles foram internados em outro Estado, ou seja, nota-se a violação a outro direito.

Por fim, ainda que seja garantido aos adolescentes que recebam visitas, ao menos semanalmente, podendo, ainda, corresponder com seus familiares e amigos, esse direito também não foi garantido, uma vez que não receberam visitas da família durante todo o período de internação.

Ademais, em continuação à pesquisa realizada por Jhenifer, somente um desses dois adolescentes não necessitou ser internado novamente, sendo que o outro cometeu novo ato infracional logo após voltar do local da internação.

Registrou a pesquisadora que foram feitos questionamentos à mãe do jovem, relativamente ao convívio familiar após o retorno dele, sendo que a resposta dada por ela foi de que não sabia se o filho havia melhorado ou se estava ainda pior. Isso se dá, também, pelo fato de que muitas vezes adolescentes reincidentes na prática de ato infracional são internados juntos àqueles que estão sendo internados pela

primeira vez e isso muitas vezes acaba por tornar o estado de alguns jovens pior do que antes de entrarem na internação. Ou seja, além de não ressocializar e reeducar os adolescentes, muitas vezes, esses locais só servem para aumentar a inserção de alguns jovens no mundo da prática de ato infracional.

A conclusão da pesquisadora foi a seguinte:

“a aplicabilidade da medida socioeducativa de internação, durante a pesquisa ficou claro que as garantias previstas no ECA não estavam sendo cumpridas, não só pelo fato da internação ter ocorrido em estabelecimento distante da residência dos familiares dos adolescentes, mas principalmente por relatos de agressão por parte da equipe técnica do núcleo, relatos de serem colocados em um quarto muito pequeno (espécie de solitária) e ter permanecido ali por cerca de dois dias”¹⁰⁵.

Dessa forma, podemos concluir que, em muitos casos, por mais que o Estatuto da Criança e do Adolescente possua vários princípios com o objetivos de dar garantia e cumprimento aos direitos dos adolescentes, ao se analisar casos concretos e ao se executar as medidas socioeducativas, esses direitos e princípios não são respeitados e aplicados, fazendo com que no plano teórico as medidas tenham caráter ressocializador e reeducador, porém, na prática, essas características não são efetivamente aplicadas.

O pensamento da Dra. Paula Inez Cunha Gomide – doutora em Psicologia Experimental (USP); Psicóloga (UEL); Coordenadora do Mestrado em Psicologia da Infância e da Adolescência da Universidade Federal do Paraná – UFPR (1999-2003); Professora aposentada da UFPR; Professora titular da Faculdade Evangélica do Paraná – soma-se a esse entendimento de que o que a lei institui não é aplicado na prática:

¹⁰⁵ Medidas Socioeducativas Frente a um Sistema Ineficaz e a Redução da Maioridade Penal. 2021 Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56493/medidas-socioeducativas-frente-a-um-sistema-ineficaz-e-a-reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em 17 de novembro de 2022.

“Uma breve consulta aos estatutos das instituições de proteção ao menor existentes em nosso país colocará o leitor diante de objetivos gerais bastante semelhantes. Todas elas apresentam como seus principais objetivos a reeducação e a reintegração do menor à sociedade e à família. Semelhantes também são as justificativas encontradas para o não cumprimento desses objetivos, a saber, a ausência de infraestrutura, o despreparo da equipe técnica e de apoio, a falta de verbas, o sistema capitalista atrasado etc.”¹⁰⁶

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto Sou da Paz, cujos dados foram publicados no “Estudo de Reincidência Infracional do Adolescente no Estado de São Paulo”, entre os anos de 2016 e 2017, 66% dos adolescentes que foram entrevistados nos centros socioeducativos da Fundação CASA eram reincidentes. Essa mesma pesquisa apontou, ainda, que 90% dos jovens entrevistados foram agredidos pela polícia durante abordagens ou apreensões¹⁰⁷.

Esse índice tão alto de reincidência reafirma a ideia de que, atualmente, existe uma estrutura precária no sistema de execução de medidas socioeducativas, o qual não dá o amparo necessário para ressocialização e reeducação dos jovens. Ademais, o índice, ainda maior, de jovens que sofreram agressões demonstra o não respeito aos princípios e direitos da criança e do adolescente, além de denunciar que os problemas relacionados à aplicação eficaz das medidas socioeducativas estão extremamente ligados à falta de investimento pelo Poder Público.

Em Cuiabá, o delegado adjunto Eduardo Botelho, da Delegacia Especial do Adolescente, afirma que o alto índice de reincidências demonstra que os adolescentes não são recuperados. Para ele, esse fator ocorre devido aos seguintes aspectos: estrutura socioeducativa, problemas familiares que não ajudam na recuperação e a evasão escolar¹⁰⁸.

¹⁰⁶ JUSBRASIL. Eficácia das Medidas Socioeducativas no Sistema Brasileiro. 2021. Disponível em: <https://carlosnery674.jusbrasil.com.br/artigos/1314289233/eficacia-das-medidas-socioeducativas-no-sistema-brasileiro>. Acesso em 17 de novembro de 2022.

¹⁰⁷ JUSBRASIL. Eficácia das Medidas Socioeducativas no Sistema Brasileiro. 2021. Disponível em: <https://carlosnery674.jusbrasil.com.br/artigos/1314289233/eficacia-das-medidas-socioeducativas-no-sistema-brasileiro>. Acesso em 17 de novembro de 2022.

¹⁰⁸ AMARAL, E. C.; BORGES, H. X. F.; DA SILVA, S. P. Ineficácia das medidas socioeducativas. Ciências Humanas e Sociais, Recife, v. 2, n. 3, p. 149-166, nov. 2016.

Tendo em vista esse alto índice de reincidência, podemos dizer que, por mais que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com a Constituição Federal, se refiram ao principal objetivo das medidas socioeducativas em ressocializar e reeducar os adolescentes, lamentavelmente, esse não é o procedimento adotado na prática, uma vez que a infraestrutura oferecida é incapaz de atender a alta demanda, bem como nota-se uma grande falta de investimentos no setor. Essas questões acabam por aumentar o nível de reincidência, haja vista que os adolescentes não encontram nas instituições – que deviam servir para educá-los e ressocializá-los – as garantias e direitos básicos que a legislação lhes garante.

O Canal Ciências Criminais, ao publicar o artigo “As Medidas Socioeducativas Previstas no ECA”, corroborou com o entendimento acima apresentado, uma vez que entendem que por mais que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua criação, tenha pretendido não repetir os erros existentes no antigo Código de Menores, o que percebe-se na realidade é que houve uma mudança na legislação, trazendo muitos benefícios e garantias a esses jovens, porém não há a efetiva aplicação desses benefícios.

Segundo o artigo, as atuais unidades de internação para adolescentes infratores se mostram semelhantes às antigas Fundações Estaduais para o Bem Estar do Menor (FEBENS) – que tinham o objetivo de dar acolhimento institucional a crianças e jovens em situação de rua – mas que, na realidade, eram e são verdadeiros presídios para adolescentes e crianças em situação de miséria (atualmente para os adolescentes que cometeram ato infracional), onde esses indivíduos sofriam e sofrem com maus tratos, violência física, psicológica e sexual¹⁰⁹.

Ainda no contexto da estrutura dessas instituições e, comparando-as com a estrutura familiar que muitos adolescentes possuem, Julio Cesar Francisco afirma que muitas vezes esses locais são ainda piores que o ambiente que o jovem vivia, ou seja, eles só servem para degradar ainda mais a situação dessas pessoas:

¹⁰⁹ JUSBRASIL. As medidas socioeducativas previstas no ECA. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/628629974/as-medidas-socioeducativas-previstas-no-eca>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

“Cabe aqui, inclusive, reconhecer que em muitos das estruturas do Estado, de cumprimento de medidas socioeducativas, não raro se tem um ambiente até mais degradado do que aqueles em que tais jovens viviam quando estavam com suas famílias.”¹¹⁰

Em relação a atenção que deveria ser dada para uma execução mais efetiva das medidas socioeducativas, salientando as más consequências que a não efetividade pode trazer, afirma o supracitado autor:

“Do atendimento inicial dependerá, dadas as devidas proporções, o sucesso da aplicação das medidas socioeducativas, principalmente se efetivado o art. 88 do ECA, em que se prevê o trabalho integrado e ágil, em repartição diferenciada daquelas destinadas aos adultos imersos na criminalidade. Dito de outro modo, o jovem não pode ser trancafiado e tratado como um bicho irracional, dentro de jaulas degradantes, sofrendo violência simbólica ou física, pois isso em nada contribui para a construção de projeto de vida para além da negatividade presente nas infrações. Pelo contrário, atitudes desse tipo podem agravar ainda mais a situação e deixar marcas irreparáveis na vida desses garotos(as).”¹¹¹

Sobre a falha desse sistema, complementa o autor:

“Assim sendo, a ausência de um trabalho ágil, integrado, preventivo e humanizado, talvez, seja um os principais fatores do aumento dos delitos envolvendo a população infantojuvenil e, possivelmente, se revele uma das maiores falhas do sistema socioeducativo na atualidade (Paula, 2006). Os programas e projetos, em grande parte, ficam restritos ao âmbito da aplicação de medidas socioeducativas (Lima, 2013). Incoerentemente, encerrada a medida, o jovem volta à situação inicial de desamparo e exclusão, abandonados novamente à própria sorte e vulneráveis à reincidência (Paula, 2006; Lima, 2013).”¹¹²

Dessa forma, conforme visto, existe um embate entre o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e o que efetivamente se concretiza em nossa sociedade. Esse distanciamento entre o que a lei estabelece, como direitos e

¹¹⁰ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 22.

¹¹¹ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 52.

¹¹² FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 53.

garantias dos adolescentes, e o que visualizamos na realidade, faz com que os adolescentes não estejam protegidos de possíveis discriminações e de injustiças quando lhes são aplicadas medidas socioeducativas.

Em relação a isso, Vanessa Rombola Machado, entrevistando atores envolvidos com a formulação e execução da política de atendimento à criança e ao adolescente do município de Dracena, apresenta o seguinte depoimento:

“O ECA é muito bom como lei, mas a realidade do mais é bem distante dessa lei, é uma lei de vanguarda, que trouxe várias mudanças. Mas que totalmente distancia dela, da realidade, foi feita por estudiosos, lei feita por pessoas que viam de outra maneira que a população em geral. Ta demorando, demorou um tanto para ser aceita, e agora de cinco anos pra cá que ficou mais fácil de ser entendida e compreendida. E conseqüentemente de ser aplicada. [...] Enfim, é uma lei boa, mas falta, a realidade brasileira é muito distante da lei [...]”¹¹³

Essa mesma ideia foi reforçada por outra entrevista:

“Eu esse tempo todo do ECA, eu acho que ele não funciona muito na efetividade e na nossa realidade [...]. Se fala muito, mas sempre chega num ponto que não dá continuidade, é sempre trabalho de pedacinho, nunca se vê o todo da questão. Apesar de ele ser legalmente quase perfeito, ele não consegue se materializar.”¹¹⁴

E, ainda, podemos trazer a visão de Mário Volpi:

“O que se pode constatar atualmente, porém, é que há uma dicotomia entre a produção teórica sobre a criança e o adolescente e o atendimento dispensado aos mesmos. Rizzini (1993) informa que esta dicotomia, existente desde a criação do primeiro Juízo de Menores, permanece até os dias atuais, já que na maioria das regiões do país a implementação efetiva das mudanças preconizadas pelo ECA só ocorreu no plano legal.”¹¹⁵

Além de todas as problemáticas acima evidenciadas, que comprovam que o

¹¹³ MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Dificil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: CRV. 2021. p. 120.

¹¹⁴ MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Dificil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: CRV. 2021. p. 120.

¹¹⁵ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 63.

sistema de execução das medidas socioeducativas não é eficaz em nossa sociedade, diferente do que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, traremos alguns discursos, colhidos por Julio Cesar Francisco, que entrevistou alguns adolescentes que se encontravam internados nas instituições, e evidenciaram punições sofridas por eles em forma de violência e isolamento àqueles que não cumpriram as regras estabelecidas pela unidade de internação – ambas ações que não são permitidas pelo Estatuto, uma vez que garante a dignidade aos adolescente, sem a possibilidade de que haja castigo a eles.

Vejamos os relatos:

“Kelton: Lá você não podia levantar a cabeça ou olhar para o lado que você apanhava [...] acho que eles queriam mostrar que eles mandavam ali. Se você não se submeter às regras deles você fica lá mais tempo [...] então eu evitava falar com eles pra não ter problema.

Moisés: [...] eles tentam transmitir que eles mandam ali dentro [...] os cara querem pressionar você, te deixar com medo [...] quando você chega eles falam bravo [...] o sistema lá é complicado, se você deixa se envolver eles atrasam sua caminhada lá [...] se você não for de acordo com as regras eles te dão menção [...] mas se isso não adianta, os funcionários levam pra salinha lá e te dão um pau [...] por isso que quando falam que tem tumulto no Casa é porque os funcionários ficam batendo nos moleque la dentro [...] os moleque não aceitam, vai ficar batendo na gente? [...] deixa lá na tranca quantos dias forem necessários [...], mas ficar batendo na cara não, acha que a gente é o que?”¹¹⁶

Nota-se, portanto, que os responsáveis pelos menores nessas instituições, os quais, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, deveriam ser pessoas preparadas para ensinar os adolescentes, os reeducando e ressocializando, são pessoas que, na verdade, maltratam os jovens e os punem como modo de correção aos atos infracionais por eles praticados. Sendo assim, ao invés de atingirem e seguirem o fim de ressocializar essas pessoas e de educá-las, tal ação só serve para deixá-los em uma situação degradante e de punição, demonstrando como as execuções das medidas socioeducativas não são efetivas em nossa sociedade. Nesse sentido, e demonstrando a inexistência do caráter pedagógico, trazemos a

¹¹⁶ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 94.

manifestação de outros jovens entrevistados:

“Carlos: Bater vai deixar a gente com mais raiva ainda, com vontade de vingança [...] bater vai adiantar o quê? [...] aqui só tem moleque que já ‘roubo’, já ‘mato’, que é do tráfico, que tem maldade na mente [...] você acha que vai educar alguém? Isso aí só prejudica!

Caio: [...] ali tem um monde de gente do crime [...] quando vai preso, já chega lá revoltado [...] daí ele vê tudo aquilo que acontece dentro da unidade [...] funcionário agredindo menor, espancando mesmo [...] vendo tudo isso, o menor se revolta ainda mais [...] isso aí não pode ser educativo, nunca.”¹¹⁷

Dessas entrevistas é possível concluir que, inclusive e principalmente os adolescentes, *“têm clareza de que o processo educativo deveria seguir por outros rumos que não o autoritarismo e desrespeitador dos direitos dos legalmente instituídos, mas negados a cada violência praticada contra esses indivíduos”*¹¹⁸.

Sobre o tema, afirma Julio Cesar Francisco:

*“A propósito disso, como reportado no referencial teórico, a Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente e o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes contratam que a vida dos jovens nas unidades de medida socioeducativa de internação não estão protegidas: são registrados maus tratos, práticas de abusos físicos e torturas, além da falta de amparo legal para o tratamento que é dispensado aos jovens, que não é nada educativo, ou melhor, é uma educação repressiva-reprodutivista (Francisco, 2019), fundamento do monopólio da violência física do Estado (Weber, 2003; 2013), do controle e da punição (Faucault, 2010).”*¹¹⁹

¹¹⁷ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 95.

¹¹⁸ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 95.

¹¹⁹ FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 95/96.

7 CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto no presente trabalho fica evidente que ao longo da história, a sociedade foi modificando o seu entendimento relativamente à posição da criança e do adolescente como participantes do corpo social. Foi somente quando entenderam que esses indivíduos possuem uma participação ativa na construção do ambiente em que vivemos, que houve a conquista dos direitos e garantias voltados para as crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o grande responsável por preconizar os direitos e garantias desses indivíduos. Seus princípios, somados aos princípios do Direito Penal e à Constituição Federal garantem uma proteção integral e específica às crianças e aos adolescentes, fazendo com que, além das garantias e direitos voltados à toda a população, existam questões específicas e mais abrangentes voltadas, especificamente, para as crianças e adolescentes.

O trabalho demonstrou, ainda, a diferença existente entre crime e ato infracional, demonstrando quem pratica cada uma dessas condutas e quais as consequências desses atos.

Foi visto, também, que a pena é aplicada àquele indivíduo adulto que pratica um crime, possuindo ela um caráter retributivo e um caráter preventivo. Já a medida socioeducativa será aplicada ao adolescente que praticou um ato infracional, possuindo como aspecto predominante o caráter pedagógico, mas também possuindo como características secundárias o aspecto retributivo e preventivo, uma vez que são de cumprimento obrigatório pelo adolescente aos quais ela é aplicada e visam prevenir novas práticas por meio da educação e ressocialização desses jovens.

Sendo assim, podemos dizer que essas medidas são recuperadoras, pois visam responsabilizar, mas ao mesmo tempo proteger os adolescentes, tendo em vista a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Foram apresentadas, inclusive, as medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e medida de internação. Considerando ainda em quais casos e como se dá a aplicabilidade dessas medidas, para que fosse possível verificar sua eficácia ou ineficácia.

Chegou-se, por fim, à conclusão de que, por mais que os dispositivos legais dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente tenham como objetivo a proteção, educação e inclusão social do adolescente que praticou o ato infracional, oferecendo todos os mecanismos para que ele tenha a oportunidade de se ressocializar na sociedade, a prática da aplicabilidade dessas normas e medidas socioeducativas é o oposto do que a lei preconiza.

Na realidade, as normas têm caráter positivo, mas sua aplicação é falha, uma vez que o Estado não oferece, aos jovens, maneiras para serem reintegrados na sociedade. Ademais, conforme visto no capítulo anterior, no momento da aplicação dessas medidas existem diversas falhas, como por exemplo: a alta reincidência – o que demonstra que as medidas não cumprem com o seu caráter de diminuir o número de adolescentes na prática do ato infracional por meio da educação –, a precariedade da implementação das medidas e das metas estabelecidas pelo SINASE; a manutenção dos adolescentes em unidades de internação insalubres e sem acesso à educação – o que fere com o princípio de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, com a dignidade e a integridade física –, a superlotação das unidades; o encaminhamento dos adolescentes para outros estados para cumprir a medida – sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que ela deve ser cumprida na mesma localidade ou o mais próximo do domicílio dos responsáveis –, a inviabilidade das visitas aos adolescentes; o fato de que são raros relatos de que os jovens são agredidos pela equipe técnica – ou seja, aqueles que deveriam educar e resguardar os direitos dos adolescentes, na verdade, causam degradação física e mental, não respeitando o princípio da dignidade.

Outro ponto de extrema relevância é que os responsáveis pelos adolescentes não são profissionais capacitados para atendê-los, educá-los e ressocializá-los e, muitas vezes, as unidades não possuem um plano pedagógico – ainda que básico, o que faz com que as medidas não cheguem perto de cumprir com a sua finalidade de inclusão social do adolescente.

Conforme exposto no presente trabalho, a ideia e legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente não são ruins, pelo contrário, são extremamente positivos e protetivos para as crianças e adolescentes, porém o que se vê é que no momento de executar, de aplicar as medidas estabelecidas para proteção, educação e ressocialização do adolescente infrator, há uma grande falha do Estado e da sociedade em garantir que os direitos e garantias aos adolescentes sejam respeitados.

Assim, o que se vê, na realidade, é que essas medidas não são efetivas, o que faz com que muitos jovens sejam corrompidos após sofrerem a aplicação de uma medida socioeducativa, uma vez que se encontram em situação extremamente degradante, desrespeitosa e insalubre, sem que haja qualquer respeito à condição de desenvolvimento peculiar.

É importante ressaltarmos, a extrema importância de que esses indivíduos sejam acolhidos na sociedade sem preconceitos e que lhes sejam dadas as mesmas oportunidades que são dadas aos demais jovens, pois é a partir do bom convívio social, sem discriminação, que os adolescentes poderão desenvolver sua capacidade interpessoal, melhorando sua relação com o próximo. A educação deve ser realizada de maneira séria e organizada, por meio da articulação de serviços e programas voltados para eles, pois é fundamental para proporcionar àquele que praticou um ato infracional oportunidades de emprego, sociabilidade, uma rotina diária e regras de convivência.

Não se pode perder a esperança de que esse sistema em algum momento irá mudar e a execução de medidas socioeducativas será efetiva, fazendo com que os

números de adolescentes passando por essas situações e praticando atos infracionais diminuam drasticamente. Na visão de Mário Volpi:

“As medidas socioeducativas representam um avanço, porque incorporam a discussão que se realiza, em nível mundial, de que a privação de liberdade só deve ser adotada em casos extremos, já que comprovada a ineficácia do sistema penal tradicional – baseado na prisão – para a reintegração do jovem na sociedade. As medidas socioeducativas têm se mostrado eficazes, quando adequadamente aplicadas e supervisionadas. O que é preciso é criar mecanismos de controle para fazer valer o Estatuto.”¹²⁰

Complementa, ainda o mesmo autor, citando Mendez:

“Para Mendez (1995), qualquer proposta de trabalho com jovens privados de liberdade deve começar por enfrentar dois aspectos. O primeiro diz respeito ao objetivo primordial a ser alcançado pelos programas de atendimento a essa população, os quais devem estar orientados para identificar e reproduzir os efeitos negativos da privação de liberdade. O segundo se refere ao conjunto de atividades pedagógicas que devem estar dirigidas para a reintegração a mais rápida possível destes adolescentes ao mundo exterior. Assim, entre os direitos do adolescente privado de liberdade inclui-se o direito de receber escolarização e profissionalização.”¹²¹

Julio Cezar Francisco afirma:

“Não adianta atacar os efeitos dos desvios que ocorrem no sistema por vias da repressão e do encarceramento, essa via só agrava ainda mais a situação. Precisar-se-á, em um primeiro momento, de políticas públicas que previnam as infrações, com investimentos em educação, cultura, esporte, habitação, profissionalização, reforma agrária, reforma tributária, bem como, em última instância, no processo histórico de luta e resistência pela vida, romper com a dinâmica cultural e produtiva desigual.”¹²²

¹²⁰ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 83.

¹²¹ VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015. p. 84.

¹²² FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial; 2020. p. 43.

Por fim, não há forma melhor de encerrarmos as reflexões do presente trabalho, senão analisando as visões de pessoas diretamente envolvidas na realidade aqui analisada:

“Assim, eu acho que foi um avanço o ECA, mas não dá para dizer também que na prática a teoria é outra. Assim avançou bastante no meu ponto de vista, até porque assim, pelo menos a gente tem em lei resguardada os direitos. Se são concretizados a contento ou não, aí acho que é uma outra discussão, mas pelo menos a gente tem um respaldo legal. Mas e daí o que adianta estar no papel se não é efetivado? Mas aí que esta, acho que já foi uma conquista o estatuto, agora acho que é um outro movimento de luta, para que o que está estabelecido nesse estatuto possa ser concretiza, para que todos aqueles artigos a gente possa ver sendo efetivado.”¹²³

“O abrigo dos meus sonhos é aquele que não abrigasse nenhuma criança ou adolescente. Um prédio imenso, com toda a equipe preparada para receber, mas que passasse aí dias e não chegasse nenhuma criança ou adolescente. É sinal que todos estariam inseridos na sociedade, e não em condições de risco. Então esse é meu abrigo dos sonhos, de portas abertas, mas só com os profissionais lá dentro [...] um abrigo, uma instituição que se assemelhasse o quanto possível da casa dessa criança ou adolescente. Que tratasse eles como sujeito de direitos. Com a individualização, com regras. Que tratasse eles como sujeitos de direito, e que chegasse o mais próximo da vida que eles teriam se estivesse na presença dos seus pais, dos teus irmãos.”¹²⁴

¹²³ MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Dificil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: CRV. 2021. p. 121.

¹²⁴ MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Dificil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: CRV. 2021. p. 107.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, E. C.; BORGES, H. X. F.; DA SILVA, S. P. Ineficácia das medidas socioeducativas. *Ciências Humanas e Sociais*, Recife, v. 2, n. 3, p. 149-166, nov. 2016.
- BARBOSA, Danielli Rinaldi. A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa e as Garantias do Direito Penal Juvenil. Artigo Jurídico. 2009.
- BBC NEWS BRASIL. Histórico de adolescentes infratores no Brasil inclui violência da família, escola, polícia e facções. *BBC News Brasil*, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59424863>. Acesso em 16 de novembro de 2022.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 a 120. V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Instituir o Código Penal. *Diário Oficial da União*, DF, 31/12/1940.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16/07/1990.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05/10/1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11/12/1941.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 11. ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Márcio Pinto. Execução de Medidas Socioeducativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo. 2020.
- CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.2004.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ aponta falhas na aplicação de medidas socioeducativas, em seminário nacional. 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aponta-falhas-na-aplicacao-de-medidas-socioeducativas-em-seminario-nacional/>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

COSTA, Ana Paula Morra. As Garantias Processuais do Direito Penal Juvenil: Como Limite na Aplicação da Medida Socioeducativa de Internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A queda das internações de adolescente a quem se atribui ato infracional. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

FRANCISCO, Julio Cesar. Jovens Infratores nas Mãos do Estado. 1 ed. Jundiaí, São Paulo: Paco Editorial. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 7.

JUSBRASIL. Eficácia das Medidas Socioeducativas no Sistema Brasileiro. 2021. Disponível em: <https://carlosnery674.jusbrasil.com.br/artigos/1314289233/eficacia-das-medidas-socioeducativas-no-sistema-brasileiro>. Acesso em 17 de novembro de 2022.

JUSBRASIL. As medidas socioeducativas previstas no ECA. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/628629974/as-medidas-socioeducativas-previstas-no-eca>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

KONZEN, Afonso Armando. A Discriminação Positiva do Adolescente Autor de Ato Infracional. Juizado da Infância e da Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Conselho de Supervisão dos Juizados da Infância e da Juventude (CONSIJ). Porto Alegre, Ano VIII, n. 11, out. 2014.

LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2017. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

MACHADO, Vanessa Rombola. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes: A Difícil Implementação dos Princípios do ECA. Curitiba: Editora CRV. 2021.

MALACARNE, Emília Klein; SAIBRO, Henrique. A Execução das Medidas Socioeducativas: Principiologia, Natureza Jurídica e o Mito da Impunidade. Porto Alegre: Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal. 2016. v. 17, n. 100.

MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; ANDRADE, Priscila Souto. Prática Penal. 4ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. Coleção: Prática Forenses.

MARTINS, Fabíola Gonçalves. Adolescente autor de ato infracional x mercado de trabalho: expectativas e entraves à sua inclusão. 2004/2. 120f. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011.

Medidas Socioeducativas Frente a um Sistema Ineficaz e a Redução da Maioridade Penal. 2021 Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56493/medidas-socioeducativas->

frente-a-um-sistema-ineficaz-e-a-reduo-da-maioridade-penal. Acesso em 17 de novembro de 2022.

Medo e preconceito. Veja, Ed. Abril, 10.09.2014.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas. 3ª ed. Curitiba: Juruá. 2011.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. Direito Penal. 1 ed. São Paulo: RT. 1995.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva. 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

SOUZA, Elaine Castelo Branco. A Liberdade Assistida como Alternativa a Ressociabilização do Adolescente. Florianópolis. 2004.

SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista. São Paulo: Saraiva. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.988, Espírito santo. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

TELES, Ney Moura. Direito Penal: Parte Geral, arts. 1º a 120. v. 1. 2 ed. São Paulo: Atlas.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/edicoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/medidasSocioeducativas.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

Um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei. Brasília: OAB; CFP, 2006. Disponível em: <http://www.pol.org.br/publicacoes/pdf/relatoriocaravanas.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

VOLPI, Mário. O Adolescente e o Ato Infracional. 10ª Edição. São Paulo: Cortez, 2015.

ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 04 nov. 2022.