

UNIRIO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO PENAL NAS MEDIDAS
SOCIOEDUCATIVAS

Rio de Janeiro

2014

UNIRIO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

RODRIGO CABRAL BENITES DE LA TORRE

INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO PENAL NAS MEDIDAS
SOCIOEDUCATIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Thiago Bottino do
Amaral

Rio de Janeiro
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pela constante presença em minha vida, meu porto seguro, ouros de
mina;

Ao meu irmão, grande amigo, parte de mim.

Ao meu afilhado, por preencher minha vida com amor e alegria;

Ao meu grande amor, Elaine, mãe dos filhos meus que virão, por ser a maior responsável por
essa conquista, aquela que me ensina a cada dia o sentido da bondade humana, fonte
inesgotável de inspiração.

“Ensina a criança o caminho que deve andar e ainda quando for velho,
não desviará dele”.

Provérbios 22:6

“Só há um tempo em que é fundamental despertar. Esse tempo é
agora”.

(Buda)

RESUMO

A presente monografia objetivou uma análise mais profunda sobre a aplicação do instituto da Prescrição Penal em sede de Medidas Socioeducativas. A pesquisa considerou como principal base argumentativa a Constituição Federal, em seus artigos 227 a 229, os quais estruturaram o Sistema de Direitos e Garantias afetos à criança e ao adolescente e, da mesma forma, inauguraram a Doutrina da Proteção Integral, ao reconhecer à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, seus direitos fundamentais, a qual se consolidou com base nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência não entende a total autonomia do direito infantojuvenil e reconhece a aplicação da prescrição penal nas medidas socioeducativas, sob o fundamento de que o ECA não trouxe essa previsão e que não reconhecê-la, seria dispensar ao adolescente, tratamento mais gravoso que ao adulto. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 338: “*A prescrição penal é aplicável às medidas socioeducativas*”. Por consequência, muitos Tribunais estaduais alinharam-se ao comando sumular e sufocaram a possibilidade de maiores debates acerca do tema. Acontece que esse entendimento é equivocado porque não considera a natureza eminentemente pedagógica das medidas socioeducativas, equiparando-as à natureza aflictiva e retributiva da pena. Dessa forma, ao se aplicar de forma planificada a referida Súmula, o Estado fica impedido de reconhecer as situações de risco nas quais o adolescente está inserido, o que inviabiliza a adoção de qualquer medida garantidora dos direitos infantojuvenis. Trata-se de um assunto de grande relevância política e social, pois é dever do Estado ressocializar o adolescente que se encontra em conflito com a lei, não podendo esquivar-se desta obrigação sob qualquer argumento. Para tanto, abordou-se toda a evolução dos direitos da criança e do adolescente, desde seu reconhecimento no plano internacional até os dias de hoje, utilizando-se argumentos doutrinários, legais e jurisprudências, considerando ainda as perspectivas pedagógicas e sociais, ínsitas ao tema em questão, a fim de subsidiar e sustentar o presente posicionamento. Além do mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12594/12 inovaram uma espécie de prescrição socioeducativa, a qual se norteia pelo dever socioeducativo que cabe ao estado, em oposição ao direito de punir da seara penal. Diante do contexto apresentado, buscou-se aqui, sustentar a impertinência do reconhecimento da prescrição penal em sede de medidas socioeducativas, materializada expressamente pela Súmula 368 do Superior Tribunal de Justiça. Além de proporcionar um material de estudo e debate entre os interessados.

Palavras-chave: Medidas Socioeducativas – Ressocializar – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Súmula 368 do STJ.

ABSTRACT

This thesis aimed to further analysis on the implementation of the Institute of Criminal Prescription in place of educative measures. The research aimed to consider the main argument based on the Federal Constitution, in Articles 227-229, which structured the system of Rights affects the children and adolescents and, likewise, opened the Doctrine of Integral Protection, recognizing the family, society and the State, the duty to ensure children, adolescents and youth, with absolute, fundamental rights priority, and have been consolidated on the basis of International Human Rights Treaties. However, part of the doctrine and jurisprudence do not understand the full autonomy of the infant-juvenile law and recognizes the application of criminal prescription in educational measures on the grounds that the ECA has not brought this prediction and does not recognize it, would be to dispense with Teen more onerous than for adult treatment. Accordingly, the Superior Court issued Pronouncement 338: "*The penal clause is applicable to educational measures*". Consequently, many state courts lined up to sumular command and choked the possibility of further debate on the subject. It turns out that this understanding is misleading because it does not consider the eminently pedagogical nature of socioeducatives measures, comparing them to the distressing nature of the punishment and retributive. Thus, when applying a planned manner Precedent said, the state is unable to recognize risk situations in which teenagers are inserted, which prevents the adoption of any measure of juvenile infant guarantor rights. It was a matter of great political and social importance, since it is the duty of the State socio re educate the teenager who is in conflict with the law, cannot shirk this obligation in any argument. To this end, it approached the whole evolution of the rights of children and adolescents, since their recognition at international level until the present day, using doctrinal, legal and jurisprudential arguments, and considering the pedagogical and social prospects inserted the topic concerned, in order to support and sustain this position. Furthermore, the Statute of Children and Adolescents and the Law 12594/12 innovated a kind of socio prescription, which is guided by socio duty accruing to the state, as opposed to criminal law to punish the harvest. Given the aforementioned context, we sought here, sustain the impertinence of recognizing criminal prescription thirst for educational measures, expressly embodied by Precedent 368 of the Superior Court. In addition to providing material for study and debate among stakeholders.

Keywords: Educative Measures – Socio re educate – Statute of Children and Adolescents (ECA) - Precedent 368 of the STJ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. O HISTÓRICO DO DIREITO INFANTO JUVENIL E SUA REGULAMENTAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
1.1 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PANORAMA INTERNACIONAL: OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO SISTEMA SUPRANACIONAL.....	11
1.1.1 Os Documentos Internacionais de Direitos Humanos e de Proteção à Criança e ao Adolescente, Ratificados pelo Brasil.....	15
1.1.2 A Doutrina da Proteção Integral.....	21
1.2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	23
2. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	36
2.1 FUNÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO.....	36
2.1.1 A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa e sua Especificidade.....	38
2.1.2 As Medidas Socioeducativas em Espécie.....	41
2.1.3 Execução das Medidas Socioeducativas: Lei: 12.594/12 - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).....	46
2.2 PRESCRIÇÃO PENAL: INAPLICABILIDADE NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - UMA CRÍTICA À SÚMULA 338 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SEUS PRECEDENTES.....	54
2.2.1 Conceito de Prescrição Penal.....	54
2.2.2 Razões para a Inaplicabilidade da Prescrição Penal nas Medidas Socioeducativas.....	59
2.2.3 Uma Crítica à Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça e seus Precedentes.....	69
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o estudo da aplicação do instituto da Prescrição Penal em sede de Medidas socioeducativas.

A matéria tem sido objeto de celeuma na doutrina e na jurisprudência por se tratar de tema de considerável pertinência político-social, razão pela qual merece toda a atenção no sentido de se propor um profundo debate acerca do melhor entendimento sobre o assunto.

Neste passo, deve-se considerar como principal base argumentativa a Constituição Federal, que em seu artigo 227, o qual estruturou o Sistema de Direitos e Garantias afetos à criança e ao adolescente e, da mesma forma, inaugurou a Doutrina da Proteção Integral, ao reconhecer à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, seus direitos fundamentais. Nessa esteira, surgem, como corolário dessa doutrina, alguns princípios protetivos, tais quais, o princípio da prioridade absoluta e o princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

A dicção do artigo não demanda maiores esforços hermenêuticos para perceber que a intenção do Constituinte Originário e do Derivado, após a Emenda Constitucional 65 de 2010, foi a de impulsionar toda a sociedade e seus atores na direção de se instituir um Sistema de Garantia dos Direitos que viabilize o efetivo exercício dos direitos menoristas e não apenas a garantia formal destes.

Veremos em capítulo próprio, que o Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais serviram como base epistemológica para a construção do que hoje chamamos de Doutrina da Proteção. A título de exemplo, podemos citar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual foi ratificada, integralmente, revogando-se disposições em contrário, em 24 de setembro de 1990, através do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Isto expõe com clareza o reconhecimento que o Estado brasileiro dispensa à matéria, dando relevância absoluta à criança e ao adolescente, por considerá-los indivíduos em condição peculiar de formação física e psicológica. Assim, construiu-se a sistemática do Direito da Infância e da Juventude, regido por um conjunto de normas e princípios específicos e instituídos para atender a finalidade precípua de conceder proteção integral ao jovem em conflito com a lei e lhe assegurar os mecanismos que garantam seu desenvolvimento físico, mental, moral, familiar e social.

Dessa forma, a toda evidência, exsurge o dever do Estado em ressocioeducar o adolescente que se encontra em conflito com a lei, não podendo esquivar-se desta obrigação sob qualquer argumento. É notório que tal encargo se alinha com todo o Sistema de Proteção criado pelo ordenamento pátrio, com respaldo no texto constitucional e em resposta ao clamor de toda a sociedade internacional.

Neste cenário, em resposta ao disposto no Texto Maior, o legislador infraconstitucional dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 -, o qual, alinhado aos axiomas menoristas, buscou regulamentar em seu conteúdo os direitos e garantias da criança e adolescente. Para isso, adentrando-se profundamente em diversos temas, chamando para si a responsabilidade de estruturar o sistema protetivo e realizar a vontade constitucional.

Sob os mesmos auspícios, o Estatuto dispôs sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas. Para tanto, regulamentou os procedimentos de apuração do ato infracional, assim como o fez com as medidas socioeducativas, especificando suas espécies e formas de execução. Ressalte-se que toda essa matéria foi regida com a estreita observância dos princípios da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Em todo esse trabalho estruturante, conforme ficará demonstrado à exaustão nesta monografia, o Estatuto da Criança e do Adolescente não trouxe a previsão da aplicação da prescrição penal nas medidas socioeducativas, visto que seus fins eminentemente pedagógicos são contrários aos institutos de Direito Penal.

Em reforço à natureza pedagógica do Estatuto, em 2006, após 16 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu-se o SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, um plano de integração nacional de atendimento, elaboração de parâmetros e diretrizes para a execução das medidas socioeducativas. Para tanto, foram 4 (quatro) anos de debates com diversos atores componentes do chamado Sistema de Garantia dos Direitos da criança e do adolescente, estas entidades participaram ativamente das propostas a fim de se estatuir este verdadeiro marco acerca da abordagem do tema.

Todo este movimento culminou na criação da novel Lei 12594 de 2012, a qual institui legalmente o SINASE, regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes em conflito com a lei.

Conforme veremos em capítulo próprio, durante toda a discussão acerca da implementação deste Sistema, valores já ancorados no Estatuto da Criança e do Adolescente foram reafirmados e sua efetiva aplicação aprimorada. A título de ilustração, reproduzo uma das várias passagens que o texto do SINASE anuncia, reafirmando a natureza específica das

medidas socioeducativas como componente do Sistema de Garantias e Direitos minoristas. Trata-se do primeiro parágrafo do capítulo 1 (um), o qual relata o marco situacional do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, e-lo: “A mudança de paradigma e a consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ampliaram o compromisso e a responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil por soluções eficientes, eficazes e efetivas para o sistema socioeducativo e asseguram aos adolescentes que infracionaram oportunidade de desenvolvimento e uma autêntica experiência de reconstrução de seu projeto de vida. Dessa forma, esses direitos estabelecidos em lei devem repercutir diretamente na materialização de políticas públicas e sociais que incluam o adolescente em conflito com a lei”.

Ainda que desse curto parágrafo, fica claro que a socioeducação dos adolescentes em confronto com a lei se mostra como uma opção de política pública, cujo ônus de sua realização se impõe ao Estado com a colaboração de toda a sociedade civil. Desta feita, nenhuma política pública pode conviver com quaisquer prazos que lhe imponham termo, inviabilizando a sua realização. Ao revés, a único fundamento idôneo a sustentar a não continuidade desta, é o atingimento de seu fim.

Assim, não se deve reconhecer a aplicação da prescrição penal nas medidas socioeducativas, sob o risco de se criar um verdadeiro obstáculo à execução de essencial política pública, que, ademais, envolve a garantia de direitos fundamentais.

Essa rápida explanação do tema, ínsito de qualquer introdução, realça a marcante independência do Sistema de Justiça Infante-Juvenil (Sistema de Garantia dos Direitos), o qual não depende de interpretações prematuras que pretendam instrumentalizar os procedimentos adotados, para fins diversos. Com maior razão, não se deve macular a opção política adotada constitucionalmente pelo Sistema Pátrio de Proteção Integral, conferindo-lhe características emprestadas do Direito Penal sob o risco de se construir uma Dogmática Jurídico-Penal (Direito Penal Juvenil) que perverta a característica humanitária e protetiva, núcleo ideológico de todo o Sistema.

Neste sentido, devemos considerar que o Direito da Criança e do Adolescente se constitui por sistemas integrados de proteção, os quais ostentam autonomia e se colocam como um ramo específico do Direito em de nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, imperioso que o intérprete esteja alinhado com esse raciocínio, pois caso contrário, poderá incorrer em (a) tecnicismo ao pretender desenvolver sobre o tema.

Sucedo que, embora o Sistema Pátrio de Proteção Menorista não tenha reconhecido a aplicação da prescrição penal nas medidas socioeducativas, conforme veremos neste trabalho,

o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 2007, construiu o enunciado da súmula 338: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”; realizando um verdadeiro retrocesso no entendimento do tema e subdimensionando sua importância.

Esse enunciado, ao esvaziar o debate jurídico, tornou-se um verdadeiro entrave ao alcance dos fins pretendidos pela Política Constitucional de Proteção à Criança e ao Adolescente. Por esta razão, levantaremos argumentos que militarão pela impropriedade da referida Súmula, ao comprovar que as Leis de Regência do direito infantojuvenil trouxeram uma forma específica de prescrição, qual seja, a prescrição socioeducativa.

Nesta senda, o presente trabalho pretende sustentar a impertinência do reconhecimento da prescrição penal em sede de medidas socioeducativas, materializada expressamente pela Súmula 368 do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, trataremos de toda a evolução dos direitos da criança e do adolescente, desde seu reconhecimento no plano internacional até os dias de hoje. Para esse fim, utilizaremos argumentos doutrinários, legais e jurisprudências, considerando ainda as perspectivas pedagógicas e sociais, ínsitas ao tema, a fim de subsidiar e sustentar o nosso posicionamento.

1. O HISTÓRICO DO DIREITO INFANTOJUVENIL E SUA REGULAMENTAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PANORAMA INTERNACIONAL: OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO SISTEMA SUPRANACIONAL

Inicialmente, faz-se necessária a explanação acerca dos princípios humanistas que jogaram lume à matéria e revigoraram seu entendimento, servindo como paradigma para se estabelecer a forma como o Estado Brasileiro concebeu todo o sistema de proteção àqueles que se encontram em peculiar condição de desenvolvimento. O Direito da Criança e do Adolescente está edificado em uma base político-jurídica e ético-filosófica, estruturante nos documentos e instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem assim nos postulados constitucionais da dignidade humana. A compreensão dessa perspectiva é fulcral, considerando que a leitura da matéria infanto-juvenil deverá, necessariamente, deitar-se sobre estas máximas protetivas.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontra posição de destaque nos Princípios Fundamentais da nossa República Federativa, nos termos da Constituição Federal¹.

Esse reconhecimento dos direitos humanos, deixando de ser teorias filosóficas e se positivando nos estatutos legais, viabilizou a sua exigibilidade jurídica, tornando-os concretos e ganhando proteção pelo ordenamento que os concebeu. Sucede que os avanços alcançados pela valorização e sustentação desses postulados foi uma resposta à marcha evolutiva da humanidade, conquista de direitos, alavancada por fatos históricos que se tornaram verdadeiros marcos aquisitivos de novos direitos ou novas perspectivas destes (dimensão dos direitos fundamentais). Nessa linha, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “com a Declaração Universal de 1948, ganha impulso a tendência de universalização da proteção dos direitos do homem”².

¹Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade mecum* universitário. 2º semestre. 12ª edição. Rideel, 2012.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana”.

² MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288.

Seguindo este norte, sobrevieram outros tratados internacionais e regionais que buscaram discutir a concretização, aquisição e redimensionamento dos direitos humanos, os quais já sustentavam a insígnia de fundamentais, numa próspera marcha que se revela irretroativa³. Nessa senda, encontramos diversos diplomas que, ou no bojo de suas considerações ou tratando especificamente do tema, reconhecem à criança e ao adolescente sua condição peculiar de indivíduo em desenvolvimento, desenhando-se, dessa forma, uma matéria autônoma diante de suas especificidades. Trata-se do reconhecimento do indivíduo em suas peculiaridades, uma releitura singularizante daquelas que se mostravam abstratas (genéricas). Um novo conceito de igualdade material, apurada a partir da superada ideia de igualdade formal.

Isto posto, vale, mais uma vez, a lição de Gilmar Mendes Ferreira:

Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornaram-se merecedores de atenção especial, exigidas pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais os enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e estar na sociedade⁴.

Nesse cenário, compreendem-se os princípios reveladores do Direito da Criança e do Adolescente, os quais estão inseridos em documentos e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, muitos dos quais ratificados pelo Brasil, na forma do §3º, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil⁵. Nesse passo, cabe a lição do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

De acordo com a nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para serem equivalentes às emendas constitucionais, deverão observar o seguinte trâmite: a) celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII); aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, §3º c/c art. 49,I); c) ratificação (ato de direito internacional); e, por fim, d) promulgação e publicação de seu texto via decreto do Presidente da República. Somente a

³ Ver Item 1.1.1.

⁴ MENDES, *et. al.*, *Op. Cit.* p. 288.

⁵ Convenção Interamericana sobre direitos humanos – Pacto San José da Costa Rica; Convenção sobre os direitos da criança; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração dos Direitos da Criança; Declaração mundial sobre a sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento das crianças nos anos 90; Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad; Regras Mínimas das Nações Unidas para proteção dos jovens privados de liberdade; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

partir daí o tratado estará incorporado ao direito brasileiro e vigorará com força de emenda constitucional⁶.

As regras contidas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, na forma do disposto no mencionado artigo constitucional, incorporam-se ao nosso ordenamento jurídico com força de Emenda Constitucional, servindo como axioma para aplicação e interpretação das legislações infraconstitucionais.

Cabe ressaltar, ainda, que os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, mas ainda não cumpridas as formalidade do art. 5º, §3º da Constituição Federal, seja por serem anteriores à EC nº 45 ou pela conhecida morosidade do Congresso Nacional, no entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷, sustentam hierarquia supralegal – mas, infraconstitucional. Tudo isso, a despeito do teor literal dos § 1º e 2º, do art. 5º da Constituição Federal⁸.

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, ancorado no voto do relator, sustentou que:

(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana⁹.

Neste passo, os tratados internacionais de direitos humanos incorporam novas concepções acerca dos direitos humanos, subsidiando, através de regras ou princípios (ou nas

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁷ RE nº 466.343. Ementa. “Prisão Civil. Depósito. Depositário Infiel. Alienação Fiduciária. Decretação da Medida Coercitiva. Inadmissibilidade Absoluta. Insubsistência de Previsão Constitucional e das normas subalternas. Interpretação do Art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica). Recurso Improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=104&dataPublicacaoDj=05/06/2009&incidente=2343529&codCapitulo=5&numMateria=17&codMateria=1>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

⁸ Constituição Federal.

“Art. 5º (...)

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

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

⁹ RE nº 349.703.

palavras de Barroso, normas-princípio e normas-disposição) a nossa Lei Maior¹⁰, ganhando robustez constitucional e servindo como axiomas na construção do ordenamento jurídico.

Com isso, os princípios atuarão de forma imediata na interpretação do sistema Constitucional, servindo como ponto de partida do intérprete, vez que espelham a ideologia da Constituição, sustentando-se como postulados básicos do Estado Social de Direito. Nesse trabalho hermenêutico, deve-se partir do princípio maior (dignidade da pessoa humana) que rege o tema, avançando ao mais específico, aquele que será a matriz, a fonte, das construções que irão reger a regra em evidência, qual seja, o Direito da Criança e do Adolescente (construção legal).

No Brasil, ao se tratar dos direitos da criança e do adolescente, consideraram-se alguns tratados específicos sobre o tema, assim como outros que em seu bojo faziam referência àqueles indivíduos em formação. Assim, alinhado com as perspectivas internacionais, o Constituinte, através do artigo 227 da Constituição Federal¹¹ e da Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente -, concebeu a Doutrina da Proteção Integral, que será melhor estudada a seguir¹².

Essa ideia mostrou-se bem avançada e ousada em suas perspectivas, garantindo a prioridade absoluta àqueles indivíduos em desenvolvimento, demandando todo o esforço do Estado, da família e da sociedade em realizar os objetivos propostos pela sistemática de direitos e garantias da criança e do adolescente, em prol de uma sociedade livre, justa e solidária¹³.

¹⁰ “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”. BARROSO, *Op. Cit.*, p. 155.

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

“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”.

¹² Ver. Item 1.1.2.

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

1.1.1 Os Documentos Internacionais de Direitos Humanos e de Proteção à Criança e ao Adolescente, Ratificados pelo Brasil

A) A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS:

De acordo com as já suscitadas lições de Gilmar Ferreira Mendes¹⁴, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵ como um dos mais notáveis documentos garantidores dos direitos humanos, cujo alcance atinge todos os cidadãos, incluídas as crianças. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, e assinada pelo Brasil na mesma data.

Essa Declaração proporciona alguns dos direitos mais primários da personalidade humana, os quais, entretanto, ainda são sobrepujados por forças que, em resposta a interesses escusos, atrofiam ou até mesmo extinguem seu pleno exercício. Podemos, numa primeira visada, considerar que tais garantias são óbvias e a todos asseguradas; no entanto, o olhar mais acurado, mais crítico, revelará a odiosa realidade social que nos assombra. Dessa forma, em que pese a sistemática da proteção e garantia (no plano teórico) dos direitos da criança e do adolescente, vislumbramos, nesse destacamento de indivíduos, as maiores barbáries e desconsiderações com suas condições peculiares de indivíduos em formação, suscetíveis, por consequência, a todos os tipos de dissabores e tentações inatas aos que estão começando a “ler o mundo”. Não nos esqueçamos que uma “leitura torta”, por efeito, carreará uma vida tortuosa.

Postas essas considerações, cabe a exposição do artigo 1º do referido Diploma, do qual se pode extrair o verdadeiro espírito humanístico e a clara noção da universalização dos direitos humanos pretendida por este Pacto internacional: “*Art. 1º. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.

Em seguida, além de tocar em diversos temas afetos à condição humana, o texto aduz em seu artigo 22, especificamente, à condição especial da criança e suas garantias, nos seguintes termos: “*Art. 22. II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistências especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social*”.

¹⁴ MENDES, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 209.

¹⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 08 mar. 2014.

Outrossim, da análise integral da Declaração, percebe-se, claramente, que esta serviu como paradigma ideológico na construção do rol de direitos e garantias fundamentais expostos no art. 5º do nosso Texto Maior¹⁶.

B) CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA:

Nessa esteira, dando continuidade à análise dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos (em sentido amplo), chegamos à Convenção Americana sobre direitos humanos – Pacto San José da Costa Rica¹⁷ – que foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969, tendo se dado a ratificação pelo Brasil em 06.11.1992, através do Decreto 678¹⁸.

Em apertada síntese, podemos inferir que o Pacto procurou evidenciar os direitos humanos sob a perspectiva da liberdade individual e da justiça social, fulcrando-se no respeito pelos direitos essenciais do homem, necessariamente, observados pelos países partes.

Em relação às origens do respectivo tratado, Mauro Ferradin aduz que:

Quanto às origens, segundo infere de seu preâmbulo, os princípios, por ele tutelados, derivaram da Carta da Organização dos Estados Americanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo sido aqueles, reafirmados e desenvolvidos, também, em outros instrumentos internacionais¹⁹.

Vê-se, dessa forma, que a preocupação desse Tratado é baseada na intenção de propiciar a todos os indivíduos uma condição digna, afastando-os da miséria plena, a qual, quando experimentada, reduz o ser a uma condição sub-humana.

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

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

¹⁷ Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

¹⁸ Decreto nº678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹⁹ FERRADIN, Mauro. Ato Penal Juvenil – Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal. Curitiba: Juruá. 2009, p. 28.

Ainda que não seja específico na proteção infanto-juvenil, esse Acordo traz em seu corpo algumas referências à condição de criança e às garantias que lhe reconhecidas. Assim, são os termos do artigo 19 do respectivo Pacto²⁰.

C) A DECLARAÇÃO DE GENEBRA – CARTA DA LIGA SOBRE A CRIANÇA DE 1924:

Noutro giro, aprofundando-se no estudo daqueles diplomas que refletiram mais detidamente a matéria infanto-juvenil, destacamos, como embrionária em suas concepções, a Declaração de Genebra – Carta da Liga sobre a Criança de 1924²¹ – vez que iniciou uma abordagem singular no trato do Direito da Criança e do Adolescente, tornando a matéria mais cristalina em seus contornos e conferindo-lhe força ideológica e argumentativa. Assim, a presente Declaração reconheceu “a necessidade de se proclamar à criança uma proteção especial”. Nas palavras de Hélia Barbosa²², “já, àquela época, a Declaração reconhece que devia ser dado à criança o melhor que se possa oferecer”. Certifica-se, no texto da Declaração, que “a criança deve receber meios para seu desenvolvimento; deve ser alimentada, deve ser ajudada; deve ser educada; precisa ser recuperada (...)”. Pelo exposto, fica clara a abordagem da criança sob a perspectiva de objeto de proteção, a qual se mostra superada atualmente, em face da posição de sujeitos de direitos que hoje adotamos.

D) A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1959:

Seguindo essa trilha, chegamos à Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959²³, cujo espírito protetivo começou a assumir contornos próprios, “porquanto a criança era considerada, até então como objeto de proteção, e, a partir daquele documento, passa a infância a gozar do status de sujeito coletivo de direitos”. Para tanto, são elencados 10 princípios considerados emancipatórios, como se percebe, a título de exemplo, no Princípio II:

²⁰ Art. 19. Direitos da Criança.

1 – Toda criança às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte de sua família, da sociedade e do Estado. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

²¹ Declaração de Genebra – Carta da Liga sobre a Criança de 1924. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

²² BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista de Direito da Infância e Juventude*. Ano 1. Vol. 1; jan/jun de 2013, p. 18

²³ Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 09 mar. 2014.

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança²⁴.

Cabe ressaltar que, conquanto a preocupação dos citados tratados com as garantias dos Direitos da Criança, estes documentos não sustentavam uma natureza coercitiva, não tinha sua aplicação obrigatória por parte dos Estados signatários, ficando, por consequência, tímida a efetivação desses postulados, não havendo a verdadeira concretização legal da matéria.

E) A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA:

Mais à frente, encampano novel perspectiva ideológica, houve a Convenção sobre os Direitos da Criança²⁵. Este documento foi aprovado pela Assembléia das Nações Unidas, por unanimidade, em 20.11.1989, e foi adotada pelo Brasil através do Decreto 99.710, de 21.09.1990²⁶, após ratificação pelo Congresso Nacional, em 14.09.1990, pelo Decreto Legislativo 28/90.

Em suas lições, Mauro Ferradin descreve a estrutura do documento, cujo conteúdo se mostra amplo e denso na tratativa do tema:

O extenso documento é subdividido em cinco títulos: *Parte I, Parte II, Parte III, Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados e Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil*, todos estabelecendo ora direitos, ora incumbências aos países-membros, ou, até mesmo, disposições acerca da própria convenção. Como por exemplo, a previsão de regras de interpretação, de ratificação, de alteração, etc.²⁷.

A Convenção representou o instrumento jurídico internacional de maior representatividade na promoção dos Direitos da Criança. Este Diploma não foi apenas programático em suas razões, mas também incorporou uma natureza mandamental, ao exigir da cada Estado-Parte, que o subscreve e o ratifica, posicionar-se no sentido de seu efetivo cumprimento. Dessa forma, seu texto traz sucessivos preceitos que estabelecem uma postura

²⁴ BARBOSA, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁵ Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/dir_cri.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

²⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

²⁷ FERRADIN, *Op. Cit.*, p. 29.

pró-ativa dos Estados signatários, a fim de se concretizar os desígnios estabelecidos pelo Tratado.

Nas palavras de Hélia Barbosa, ao tratar do momento de construção desse tratado, cujas novéis razões alteraram o curso no trato da matéria, “a luta pela emancipação de uma nova concepção sobre o desenvolvimento humano integral da criança foi crescente e global, exigiu intenso trabalho de mobilização e articulação dos representantes dos países-membros da Comissão dos Direitos Humanos²⁸.”

De fato, essa nova perspectiva global culminou com a aprovação, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, do tratado internacional de proteção dos direitos humanos que atingiu o maior número de ratificações pelos membros da ONU. A partir desse documento, com sua força coercitiva, operou-se no plano de cada Estado Membro uma verdadeira ruptura com as ideias até então concebidas acerca do Direito da Criança. Para Hélia Barbosa²⁹, o Tratado foi “responsável pelas mudanças nos ordenamentos jurídicos de cada Nação Parte”, revolucionando no “reconhecimento sagrado de que todas as crianças são sujeitos de todos os direitos, merecedores de proteção integral e especial”. Afinal, na dicção do próprio texto humanista, “é obrigação dos Estados de respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações dos pais de prover direção apropriada para o exercício, pela criança, dos direitos reconhecidos na Convenção”. Nesses termos, a Convenção adota o Princípio da Proteção Integral.

F) DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE A SOBREVIVÊNCIA, A PROTEÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS NOS ANOS 90:

Já consolidada na Doutrina da Proteção Integral, essa Declaração foi fruto do Encontro Mundial da Cúpula das Nações Unidas, em Nova Iorque, no dia 30.09.1990.

Na ocasião, foram traçados alguns compromissos para o bem-estar da criança, bem como o firmamento do compromisso internacional de cooperação mútua em prol das medidas assecuratórias dos direitos dos infantes. Para fins de esclarecimento, destacamos alguns dos propósitos estabelecidos pelo encontro: promover, o mais rápido possível, a ratificação e a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança; criar meios para a realização do atendimento pré-natal e para a redução da mortalidade infantil, fornecendo água limpa a todas as comunidades, para todas as suas crianças, assim como o acesso universal ao saneamento básico; tomar medidas para a erradicação da fome, da desnutrição e da inanição; fomentar o planejamento familiar responsável; valorizar a entidade familiar, apoiando e colocando à

²⁸ BARBOSA, *Op. Cit.* p, 18.

²⁹ *Idem.*

disposição subsídios para auxiliar os pais na difícil tarefa de educar; criar programas de redução do analfabetismo e de educação profissionalizante e, finalmente, proteger a criança do sofrimento carreado pela guerra³⁰.

G) DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL – DIRETRIZES DE RIAD:

As Diretrizes de Riad³¹ foram estabelecidas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, por meio da Resolução 45/112, de 14.12.1990, visando o estabelecimento de políticas e medidas progressistas de prevenção e delinquência juvenil – com a integração dos jovens em conflito com a lei nos programas comunitários e de auto-ajuda, para fins de uma concreta reinserção destes na sociedade.

Insta esclarecer que as disposições constantes nessas Diretrizes serviram como base para a consecução do ECA, trazendo preceitos acerca da relação dos jovens com seus familiares (no sentido de se reforçar esses vínculos), à educação e aos meios de comunicação, considerados pontos importantes na formação psíquica da criança.

H) REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PROTEÇÃO DOS JOVENS PRIVADOS DE LIBERDADE:

Tratando mais especificamente dos jovens em privação de liberdade, as Regras Mínimas das Nações Unidas³², por meio da Resolução 45/113, de 14.12.1990, trouxe o princípio basilar de considerar a prisão do adolescente infrator em medida excepcional e no menor espaço de tempo, devendo-se sempre considerá-la como excepcional num constante aprimoramento para sua abolição.

Nesse sentido, reconhece a necessidade de proteção especial dos jovens, quando em cumprimento de medidas privativas de liberdade, garantindo-lhes o bem estar durante e após o cumprimento da medida, visto que seu caráter sócio educar não permite sentido contrário. Reconhece também, dentre inúmeras garantias, o caráter excepcional do recolhimento juvenil, considerando esta a última ação a se adotar, na medida em que outras medidas mais eficazes para os fins sócio-educadores não se mostrarem suficientes. A título de exemplo, cabe o destaque de uma das perspectivas fundamentais dessas regras:

³⁰ Declaração Mundial sobre a Sobrevivência e o Desenvolvimento das Crianças nos anos 90. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex42.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

³¹ Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014

³² Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

O objetivo das seguintes regras é estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade em todas as suas formas, de maneira compatível com os direitos humanos e liberdades fundamentais, e com vistas a se opor aos efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e a fomentar a integração na sociedade³³.

1.1.2 A Doutrina da Proteção Integral

Diante de todo carreamento histórico operado pelos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, o Direito da Criança e do Adolescente erigiu-se como uma matéria autônoma, respondendo à realidade da condição de indivíduo em desenvolvimento que, como tal, requer garantias específicas para sua sadia formação. Esse novo Direito Infantojuvenil teve no estabelecimento dos Direitos Humanos o marco orientativo e informador para sua construção.

Ocorre que essa nova abordagem foi elaborada através da interação de diversas disciplinas, não se fechando o debate apenas na seara jurídica, até porque ao Direito não se é permitido descansar, pois sua função de pacificação social lhe impõe a constante observação das profundas transformações que ocorrem diuturnamente na sociedade. Assim, atuando nesse sentido, foram compreendidos aspectos pedagógicos, psicológicos e sociais a fim de se buscar o melhor entendimento em consonância as necessidades e realidades daqueles indivíduos em formação.

Essa transdisciplinariedade foi responsável pela refundamentação do tema, criando novas bases epistemológicas para o estudo, estabelecimento e efetivação dos valores humanos referentes à criança e ao adolescente. A partir disso, passou-se a observar os aspectos subjetivos próprios dessas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, não permitindo abordagens outras que possam subverter os princípios, meios e fins desse novo panorama infanto-juvenil.

Ao abordar o redimensionamento do direito da criança e do adolescente, Mário Luiz Ramidoff³⁴, acentua que:

³³Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

³⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de Direito da Criança e do Adolescente, Ato Infracional e Medidas Socioeducativas. 3ª edição, Editora Juruá, 2011, p. 22.

Nesta novel seara jurídico social, é precisamente a vertente doutrinária da proteção integral, prioritária e especial, oriunda da diretriz internacional dos Direitos Humanos que serve como marco teórico - razão profunda - para (re)fundamentar significativamente os institutos que, nesta seara jurídica, deverão ser (re)estabelecidos conceitualmente para produção dos efeitos adequados, na prática, à resolução das importantes questões relacionadas à criança e ao adolescente.

A toda evidência, os princípios construídos no redimensionamento do Direito Infantojuvenil são a base teórico-pragmática de toda estruturação e interpretação dessa seara jurídica.

Destarte, como extrato maior de todo esse processo de (re)fundamentação do Direito da Criança e do Adolescente, temos que a Doutrina da Proteção Integral se coloca como axioma revelador e emancipatório do novel âmbito jurídico-legal que se empenha à proteção, promoção e defesa dos direitos afetos à infância e à juventude.

Portanto, podemos definir a Doutrina da Proteção Integral como um conjunto de princípios e enunciados lógicos que exprimem uma ideia maior, a qual se organiza dentro de um sistema legal, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Ressalte-se, que esse cabedal ideológico garantidor não se exauri, encontrando-se suscetível a novas concepções que ampliem ou apurem as razões do Direito da Criança e do Adolescente, não se admitindo, entretanto, proposições cujas consequências, ainda que de forma oblíqua, operem verdadeira retroação desses direitos.

Nesse sentido, trata-se de uma cláusula aberta que impõe às legislações que visam realizar seus fins, Lei n. 8069/90, manter essa natureza ampliativa-garantidora. Assim, quando da interpretação da norma, deve o hermeneuta cumprir a vocação da legislação infanto-juvenil e nunca considerar os preceitos protetivos como exaustivos.

No mesmo raciocínio e comentando acerca do rol de direitos e garantias espelhados no ECA, Dalmo de Abreu Dallari aduz que a “enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e juventude, nem todas as formas de assegurá-la”³⁵.

Dessa forma, com a Doutrina da Proteção Integral, foi concebida uma única infância, no sentido de que todas as crianças e adolescentes são tidas como sujeitos de direitos, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, com a introdução de conceitos que permitem abordar essa questão sob a ótica dos direitos humanos.

³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

Conforme veremos adiante, a Doutrina da Proteção Integral encontra-se insculpida nos artigos 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Entretanto, antes de concebermos em sede constitucional o referido postulado, houve um longo caminho percorrido.

1.2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito da Criança e do Adolescente, conforme exposto até aqui, é uma construção apurada a partir dos postulados fundamentais de Direitos Humanos, tendo sua especificidade e autonomia reconhecida em decorrência dos sucessivos Diplomas Humanistas Internacionais, os quais inovaram no entendimento da matéria.

Assim sendo, no Brasil, antes de chegarmos à atual concepção da Doutrina da Proteção Integral, houve um lastro de superadas ideias que acompanharam, em certa medida, a tendência internacional.

A preocupação com a criança sempre esteve presente em nossa história, assim, já durante a fase imperial, sob a vigência das Ordenações Filipinas, considerando que àquela época a política repressiva baseava-se no temor em face da crueldade das penas, havia a diferenciação na aplicação destas em face da idade dos apenados. Assim, sob os auspícios dessas Ordenações, a imputabilidade penal era reconhecida aos 7 anos de idade, havendo, entretanto, a atenuação na aplicação da pena àqueles com idades entre 7 e 17 anos. Dos 17 aos 21 anos de idade, consideravam-se jovens adultos, concorrendo, dessa forma, à pena capital de “morte natural” (enforcamento). Destaca-se a exceção à regra, vez que em relação ao crime de falsificação de moeda, autorizava-se a pena de morte para maiores de 14 anos³⁶, numa clara demonstração de para quem o Direito Penal servia, ou, ainda serve. Em seguida, foi introduzido o exame de capacidade de discernimento para a aplicação da pena – o qual foi mantido até 1921, ano em que a Lei n.4.242 substituiu o subjetivismo do sistema biopsicológico pelo critério objetivo de imputabilidade de acordo com a idade.

A abordagem meramente penal na diferenciação entre crianças e adultos, começou a ceder espaço para uma política de recolhimento, tangenciando uma visão marginalizante acerca da pobreza, iniciando-se uma segregação de cunho étnico (negro e índio),

³⁶ AMIM, Andréa Rodrigues; MORAES, Bianca Mota; RAMOS, Helane Vieira; *et. al.* Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

enveredando-se, inevitavelmente, para um caráter social (econômico), que até hoje nos assola. Nesse sentido, esclarece Amin:

Em paralelo, no campo não infracional, o Estado agia por meio da Igreja. Já em 1551 foi fundada a primeira casa de recolhimento de crianças do Brasil, geridas pelos jesuítas que buscavam isolar crianças índias e negras da má influência dos pais, com seus costumes “bárbaros”. Consolidava-se o início de uma política de recolhimento³⁷.

Assim, houve considerável aumento no número de abandono de crianças, visto que as crianças miscigenadas - ilegítimas (fruto das relações que os “senhores” mantinham com suas escravas)-, assim como filhos de negros ou índios, eram em muitos casos abandonadas em igrejas, conventos ou mesmo nas ruas. Com isso, o Estado deteve-se na necessidade de se acolher essas crianças que se encontravam em situação de abandono, e, para tanto, importou da Europa a Roda dos Expostos, mantida pelas Santas Casas de Misericórdia³⁸.

Já no início do período republicano, com a recém libertação dos escravos, houve o aumento da população nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, num processo migratório de grande vulto que, por razões óbvias, aumentou as mazelas sociais. Sendo assim, preocupado com a nova imagem republicana que se pendia sobre o Estado, foram fundadas entidades assistenciais, as quais, conforme esclarece Amin, “entidades assistenciais que passaram a adotar práticas de caridade ou higienistas³⁹”.

Todo aquele movimento na abordagem da matéria infanto-juvenil respondia às demandas políticas que se colocavam à época, percebe-se a preocupação imediata em solucionar os “problemas” que então se apresentavam, não havendo comprometimento com estudos aprofundados que vislumbrassem uma solução efetiva para aquelas questões (não surpreende a carência dessa percepção àquela época, visto que ainda hoje - embora já considerados novos horizontes das ciências, da tecnologia e das relações humanas com o primaz objetivo da promoção da dignidade humana⁴⁰ - somos submetidos a um cabedal de argumentos rasteiros que desconsideram premissas básicas na análise de temas postuladores de uma abordagem mais crítica). Nesse sentido, começa a oscilar o pensamento social entre

³⁷ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 46.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESENVOLVIMENTO. Leite, Gisele. Disponível em: <<http://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/112185299/politicas-publicas-direitos-fundamentais-e-desenvolvimento>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

assegurar direitos ou “se defender” dos menores⁴¹, como se fossem questões autônomas e não interligadas.

Em 1912, começou a se desenhar a necessidade de um tratamento específico do tema, dessa forma, através de um projeto de Lei apresentado pelo Deputado João Chaves, alterou-se a perspectiva do direito de crianças e adolescentes, “**afastando da área penal** e propondo a especialização de tribunais e juízes, na linha, portanto, dos movimentos internacionais da época⁴²”. Inaugurando-se, então, a análise dos direitos infantis dentro da perspectiva ideológica que começava a se desenhar internacionalmente. Por conseguinte, influenciado pelas discussões externas, surge no ordenamento pátrio a construção de uma Doutrina do Direito do Menor, a qual, embora inovasse no reconhecimento da especificidade dos Direitos da Criança e do Adolescente – afastando, dessa forma, a aplicação do Direito Penal -, calcava-se no binômio carência-delinquência.

Esclarecendo o sentimento social predominante naquele momento histórico, Andrea Amin leciona que:(...) *Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se, assim, a Doutrina da Situação Irregular*⁴³.

Portanto, temos que, naquele cenário, as leis dos infantes e jovens serviram como instrumento necessário na execução de uma política social para a infância pobre, colocando-se como símbolo de criminalização da pobreza. Fica em evidência que, conquanto se ornasse de um espírito protetivo, aquele direito infantojuvenil serviu como instrumento legal para a aplicação coercitiva de políticas públicas assistenciais. Nada que atualmente nos cause surpresa, porquanto as ações institucionais – corroboradas pela opinião pública – mantêm, em suas práticas, as raízes daquela época, negando-se a reconhecer o que hoje concebemos, no plano constitucional e infraconstitucional, como Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A) O CÓDIGO DE MENORES DE 1927:

Em 1926 foi publicado o Decreto n. 5.083, sendo o primeiro Código de Menores do Brasil, cuidando dos infantes expostos e menores abandonados, sendo sucedido, entretanto, pelo Decreto n. 17.943-A em 12 de outubro de 1927⁴⁴. Este novo código, mais conhecido

⁴¹ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 46

⁴² AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 47.

⁴³ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 47

⁴⁴ DECRETO Nº. 17.943 de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

como Código Mello Mattos⁴⁵, ampliou o poder decisório do juiz sobre o destino de crianças e adolescentes submetidos a seu julgo, criando a figura do Juiz de Menores. Os sujeitos destinatários dessa legislação eram divididos em dois grupos, os dos abandonados e os dos delinquentes⁴⁶.

No campo infracional, diferenciavam-se as características das medidas aplicadas em função da idade. Assim, aqueles que tinham até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com cunho educacional, enquanto os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição com responsabilidade atenuada. Sob o manto desse Código, muito em razão entendimento que vinculava a situação de pobreza (carência) à delinquência, valia a ideia da criança e do adolescente como objeto de tutela, e não como sujeitos de direitos. Nas palavras de Andrea Amin, “foi uma lei que uniu justiça e assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protetorista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa”⁴⁷. Seu caráter era essencialmente retributivo, isto é, comparava-se a castigo, o que se perdurou até a insurgência da Lei 8.069/90 – ECA.

Naquele contexto, foi construída a categoria de Menor, tão marcadamente utilizada para se referir a crianças e adolescentes em conflito com a Lei e inseridos numa situação de miséria e exclusão. Ressalte-se que, embora superada pela Lei 8.069/90, essa nomenclatura estigmatizante é largamente utilizada atualmente.

Insta consignar que hoje, sob ótica atual da Doutrina Proteção Integral, aquela legislação parece de todo inconstitucional, mas sua leitura deve ser contextualizada, pois suas razões eram condizentes com o momento histórico de seu surgimento, “que refletia um cenário internacional tempestuoso pelas guerras frias, fascismo e débil Liga das Nações e, portanto, com pouca aptidão para impor normatividade às declarações de princípios⁴⁸”.

Com a Constituição de República do Brasil de 1937, em que pese sua feição fascista, ampliaram-se os horizontes acerca dos direitos sociais da infância e juventude⁴⁹, assim como

⁴⁵ Mello Mattos foi o primeiro Juiz de Menores do Brasil, ficou à frente do juizado entre 1924 e 1934.

⁴⁶ “Art. 1º o menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas nesse código”.

⁴⁷ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 47

⁴⁸ FERRADIN, *Op. Cit.* p. 41.

⁴⁹ “Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades.

O abandono moral, intelectual, ou físico da infância e a juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

por todo o País. A característica mais marcante dessa política era a contradição existente entre a previsão legal e a realidade, visto que, no plano teórico, havia uma proposta pedagógico-assistencial progressista⁵⁴; na prática, entretanto, subsistia como mais uma forma de controle daquele regime autoritário conduzido pelos militares. Figurava, dessa maneira, com mais uma ferramenta, dentre outras sórdidas, alinhada com os objetivos do golpe. Discorrendo sobre os fatos, Amin assevera que:

Em nome da segurança nacional, buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional”⁵⁵.

Em 10 de outubro de 1979, foi publicada a Lei n. 6.697⁵⁶, que estabeleceu um novo Código de Menores, consagrando a doutrina da Situação Irregular, pela qual as crianças e os adolescentes seriam objeto da norma, quando inseridos naquela condição. Não houve substancial inovação, mantendo-se a cultura da internação como figura principal de uma política eminentemente segregacionista aos carentes ou delinquentes.

Assim, o Código de Menores expressou a visão do Direito do Menor, construído para intervir na infância e na adolescência pobre e estigmatizada, em resposta a uma ideologia que subsistia à época (e ainda subsiste). Tratava-se de uma política assistencialista e autoritária, com a visão da criança e do adolescente como objeto de intervenção do Estado, da família e da sociedade, com uma nítida afeição de controle social sobre a parcela pobre e marginalizada. Sua normatização recaía sobre os “menores desamparados” e a institucionalização era o único caminho admitido para se prevenir de um “futuro marginal”. Não se percebia a criança como sujeito de direitos ou protagonista de suas próprias razões, apenas como objeto de tutela nos moldes definidos pelo Estado.

Entretanto, na década de 80, numa condição de redemocratização, pressionada pelos movimentos sociais e alinhada às novas concepções trazidas pelos Tratados Internacionais, o Brasil inicia uma nova perspectiva acerca do Direito da Criança e do Adolescente, admitindo a Doutrina da Proteção Integral em seu ordenamento jurídico, servindo como paradigma necessário na abordagem da matéria, em qualquer de suas dimensões. Assim, a Constituição

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 48.

⁵⁶ Lei 6.697 de 10.10.1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Federal de 1998 sedimenta esse novo entendimento e rompe, em definitivo, com superadas disposições.

B) O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Não se discute que a vigente Constituição Federal trouxe inúmeras e substanciais modificações nos contornos basilares do nosso Direito, com maior expressão naqueles referentes aos direitos fundamentais dos indivíduos. Nessa linha, a proteção à criança e ao adolescente também recebeu tratamento especial, através do reconhecimento da Doutrina da Proteção Integral, conforme já explicado, erigindo significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico e estabelecendo novos paradigmas. Por conseguinte, essa nova ordem rompeu com o então consolidado modelo da Doutrina da Situação Irregular, construindo uma nova realidade para o direito infantojuvenil.

Ressalta-se que os avanços auferidos pela Carta Cidadã de 1988 foram resultado de laboriosos debates entre organizações populares nacionais e de agentes das áreas da infância e juventude, e acrescida, como dito alhures, pela pressão de organismos internacionais, como a Unicef, que pretendiam ver assegurados os direitos já reconhecidos como primordiais em diversos documentos internacionais⁵⁷.

Tem-se, dessa forma, que o art. 227 do Texto Magno⁵⁸, encampa a forma com qual o Constituinte estruturou essa doutrina protetiva em nossa ordem constitucional. Para tanto, disciplinou a obrigatoriedade de todos atores sociais – família, sociedade e Estado (instituições) – na realização e garantia dos direitos infantojuvenis. Outrossim, o referido artigo detalha um Sistema Protetivo de Direitos da Criança e do Adolescente que se distribui em diversas vertentes e inaugura o Princípio da Prioridade Absoluta, instando o Poder Público à adoção prestações positivas no atendimento aos direitos mais mezinhos daqueles indivíduos em formação; reconhecendo-lhes, em definitivo, o papel de esplendor na construção de um futuro mais promissor.

Discorrendo sobre o tema, Andrea Amin ensina que:

⁵⁷ Ver Item 1.1.1.

⁵⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, 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.

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são co-gestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento⁵⁹.

Em relação à responsabilização penal, o art. 228 da CRFB/88⁶⁰ estabelece a garantia da inimputabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos⁶¹, assegurando ao adolescente o direito de ser submetido a um tribunal especial, regido por uma legislação especial e presidido por um juiz especial, o Juiz da Infância e Juventude.

Destaca-se que o sistema constitucional especial de proteção da infância e juventude, regido por princípios próprios, não se limita ao art. 227 e de seu §3º⁶² da Constituição Federal; espalhando-se além da totalidade dos arts. 227 e 228, como as constantes do art. 7º, incs. XXX e XXXIII; do §3º do art. 208; do art. 226, *caput* e §§ 3º, 4º, 5º e 8º; e do art. 229, primeira parte, todos da CRFB/88.

A Constituição Federal passou a garantir-lhes os direitos pessoais e sociais, através da criação de oportunidades e facilidades que possibilitassem o desenvolvimento físico, mental, psíquico, moral, espiritual, afetivo e social, em condições de liberdade e dignidade.

Toda essa inovação colocou o Brasil como um dos Estados com a legislação mais avançada na defesa dos direitos infantojuvenis, garantindo verdadeiros direitos fundamentais a esses indivíduos. Dessa forma, não se admitem construções racionais que frustrem o dever constitucional, uma vez que a adoção da Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta, como opção política, são aplicáveis de forma indisponível a crianças e adolescentes, impondo-se a todos os poderes constituídos sua observância.

⁵⁹ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 51.

⁶⁰ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁶¹ Consoante já explicado, a influência dos tratados internacionais sobre direitos humanos foram a base para toda a construção da doutrina protetiva. Nesse sentido, a opção do Constituinte pela inimputabilidade penal dos menores de 18 anos responde ao disposto no art. 1, Parte I, da Convenção sobre os Direitos da Criança, *literis*: “para efeitos da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

⁶² § 3º. O Direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no artigo 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

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 da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob 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 entropentes e drogas afins.

A fim de esclarecer o entendimento, na Ordem Constitucional, acerca da obrigação do Estado na realização dos direitos da criança e do adolescente, cabe a reprodução da Ementa da decisão monocrática do Recurso Extraordinário 482.611⁶³, Relator Ministro Celso de Mello:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220).

Vê-se assim que as regras que estruturam o Sistema Protetivo infantojuvenil são cogentes, justamente por configurarem uma opção política do Constituinte no trato do tema, em conformidade com os princípios tutelares da Doutrina da Proteção Integral.

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional, através da Lei 8069/90, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos fundamentos se encontram no art. 227 e 228 da Constituição Federal, regulamentando uma série de direitos e visando a realização de toda promessa constitucional.

⁶³ Recurso Extraordinário nº 482611/SC. Julgamento 23/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28482611%2ENUME%2E+OU+482611%2EDMS%2E%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

C) LEI 8.069/90 - O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA):

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8090/90⁶⁴, foi promulgado em julho de 1990, a fim de regulamentar os direitos da criança e do adolescente em todo território nacional. Seu objetivo é a proteção dos menores de 18 anos, viabilizando-lhes um desenvolvimento físico, mental e moral, condizente com os princípios constitucionais da liberdade e dignidade⁶⁵, preparando-os para uma vida adulta em sociedade. Para tanto, estabelece uma gama de direitos fundamentais⁶⁶ - direito à vida e à saúde, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária -, regularizando também a execução de políticas públicas, de medidas protetivas⁶⁷ e sócio-educativas⁶⁸, dentre outros temas. Tudo em harmonia com o disposto nos arts. 227 a 229 da Constituição Federal.

Na dicção do art. 2º do Estatuto⁶⁹, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela compreendida entre doze e dezoito anos. Todavia, aplica-se o estatuto, excepcionalmente, às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, quando alcançada a maioridade durante o cumprimento da medida sócio-educativa, segundo o exposto no §5º do art. 121⁷⁰, o que foi inclusive objeto de *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal Federal, como se verá a seguir.

Por sua orientação protetiva, o Diploma infantojuvenil dispõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, por qualquer pessoa que seja, devendo ser punido qualquer ação ou omissão que atente aos seus direitos fundamentais. Em seu art. 7º, aduz que, “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Note-se que essas orientações gerais – por

⁶⁴LEI 8090/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 mar. 2014.

⁶⁵ Lei 8090/90. Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁶⁶ Lei 8090/90. ECA. Título II – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

⁶⁷ As medidas protetivas visam salvaguardar os direitos garantidos pelo Estatuto, sempre que estes estiverem ameaçados. Sua regulamentação se encontra disposta no art. 98 da lei.

⁶⁸ As medidas sócio-educativas são aplicadas quando verificada a prática de ato infracional, cf. art. 112 do ECA. Sua natureza e especificidades serão objeto de detalhado estudo no capítulo II desta monografia.

⁶⁹ Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁷⁰ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

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

serem direitos fundamentais – são aplicadas em todos os institutos previstos na lei, inclusive no cumprimento de medidas sócio-educativas.

Visando firmar essa tutela específica, o Estatuto trouxe três princípios gerais que orientam sua aplicação: princípio da prioridade absoluta (princípio constitucional estabelecido pelo art. 227 da CRFB/88), princípio do melhor interesse e princípio da municipalização.

O princípio da prioridade absoluta foi estabelecido pelo art. 227 da Lei Maior, havendo sua previsão no art. 4º e no art. 100, parágrafo único, II, do ECA. Por seus efeitos, reconhece-se a preferência em favor da realização dos direitos das crianças e dos adolescentes em todas as esferas – judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Assim, por se tratar de uma opção do legislador constituinte, sua primazia deve ser reconhecida em face de outras demandas.

Em relação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, este se coloca como garantidor do respeito aos direitos fundamentais desses indivíduos, vinculando, tanto o legislador quanto o aplicador, a priorizar as necessidades da infante-juvenis na elaboração ou na interpretação da lei, assim como na solução dos conflitos. Em termos objetivos, qualquer decisão, não necessariamente jurídica, que primar pela ampla garantia dos direitos fundamentais previstos no Estatuto, não operando subjetivismos desviantes, atenderá ao princípio do melhor interesse. Inclusive, com fundamentos calcados no referido princípio, temos a Súmula 383⁷¹ do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece como foro competente, para processar e julgar as ações conexas de interesse de “menor”, o do seu domicílio.

Conforme mencionado anteriormente⁷², o sistema constitucional de proteção dos direitos juvenis não se cingem apenas nos arts. 227 ao 229 da CRFB/88, mas se espalham em diversos preceitos constitucionais, irradiando seus efeitos. De sorte que os arts. 203⁷³ e 204⁷⁴ do Texto Maior, ao tratarem da assistência social, descentralizaram e ampliaram a política assistencial, disciplinando a atribuição concorrente dos entes da federação, cabendo à União a

⁷¹ SÚMULA 383 STJ. EMENTA: COMPETÊNCIA. GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DO FORO DE DOMICÍLIO DE QUEM JÁ EXERCE A GUARDA. ART. 147, I, DA LEI 8069/90. INTERESSE DO MENOR A PRESERVAR.

⁷² Ver Item 1.1 – B.

⁷³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos.

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes.

⁷⁴ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos dos orçamento da seguridade social, previstos no artigo 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.

competência para dispor sobre normas gerais e coordenação de programas. Insta salientar que, embora não fosse imperiosa esta remissão – considerando-se uma interpretação sistemática, o §7º, do art. 227⁷⁵, faz referência ao disposto no art. 204, todos do texto constitucional.

Incorporando essa lógica, a Lei 8090/90, através do art. 88⁷⁶, inaugurou o princípio da municipalização, elencando as diretrizes da política de atendimento e determinando sua municipalização.

Ao organizar as diretrizes constitucionais da Doutrina da Proteção Integral, o ECA criou um sistema aberto de regras e princípios, no qual as regras fornecem a segurança necessária para a delimitação da conduta, enquanto os princípios expressam valores relevantes que fundamentam as regras, “exercendo uma função de integração sistêmica⁷⁷”. Assim, foi assegurada a autonomia e especificidade da matéria infanto-juvenil, não permitindo a utilização de legislações abertas para sua interpretação, vez que não consideram em suas normatizações a condição particular de indivíduos em desenvolvimento sustentada por toda criança e adolescente.

Como reforço a esse entendimento, vale destacar a ementa do *habeas corpus* 94.938-0/RJ, julgado pela Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, que expõe a posição do STF ao tratar da possibilidade de manutenção da medida socioeducativa após o jovem completar 18 (dezoito) anos, consoante previsão do §5º do art. 121 do Estatuto⁷⁸, suscitando, para tanto, o princípio da especialidade:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ART. 121, §5º, DO ESTATUTO: NÃO DERROGAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL: **PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE**. REGIME DE SEMILIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA: POSSIBILIDADES PRECEDENTES. *HABEAS INDEFERIDO*⁷⁹.

Analisando a posição do Estatuto em nosso ordenamento jurídico, Mário Luiz Ramidoff arremata da seguinte forma:

⁷⁵ Art. 227(...)

⁷⁶ No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no artigo 204.

⁷⁶ Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

I – municipalização do atendimento.

⁷⁷ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.* p. 59.

⁷⁸ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁷⁹ A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

⁷⁹ STF. HC 94938-0/RJ. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552067>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se, por assim dizer, num projeto de democracia – “*uma construção ao mesmo tempo racional e social*”, segundo Luigi Ferrajoli – destinado à consolidação da cidadania infanto-juvenil (subjetivação) realizável, através do respeito e da responsabilidade familiar, comunitária e estatal (poder público) para com a dignidade daquelas pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes⁸⁰.

Nesse diapasão, suas diretrizes devem seguir um sentido comum compartilhado pelos diversos segmentos da sociedade, não por menos que a Constituição convoca a todos para essa missão – família, sociedade e Estado-, promovendo uma vinculação ideológica, política e social, que converteria o Direito da Criança e do Adolescente numa concreta ferramenta de transformação da ordem social, realizando em definitivo a promessa constitucional que, após 25 anos de sua promulgação, sua implementação ainda continua latente.

⁸⁰ RAMIDOFF, *Op. Cit.*, p. 34.

2. MEDIDAS SOSIOEDUCATIVAS

2.1 FUNÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO

As medidas socioeducativas são aplicadas quando o adolescente⁸¹ comete um ato infracional, nos termos do art. 103⁸² do Diploma Menorista. Elas estão inseridas no contexto protetivo dos direitos da criança e do adolescente e estão disciplinadas a partir do art. 112 do ECA⁸³.

A Constituição de 1988, em seu art. 228, ao definir como inimputáveis os menores de 18 anos, definiu um período etário⁸⁴ para que os sujeitos, os quais estão em uma fase de desenvolvimento diferenciado do mundo adulto, respondam perante um sistema de responsabilização especializado. Por isso, estabeleceu-se um modelo diferenciado, conferindo sanções específicas, de acordo com a capacidade dos agentes infratores em reconhecerem seus atos e por eles serem responsabilizados. Nesse norte, serão imputáveis, por seus atos infracionais, diante do estabelecido pelo sistema próprio – Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Podemos definir o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por adolescente. Na literalidade do art. 103 do Estatuto Menorista, importa considerar como ato infracional todas as condutas descritas como crime tanto no Código Penal, quanto em quaisquer outras legislações extraordinárias e especiais. Ressalte-se que o ECA apenas equiparou a conduta expressa na lei (ação ou omissão), não se valendo dos demais requisitos utilizados para a valoração negativa (antijuricidade e culpabilidade). Assim, podemos entender que as diferenças entre o ato infracional e o crime não estão apenas na denominação, mas também em seus conteúdos, assim como em seus consequentes, quais sejam, medidas socioeducativas e sanções penais.

⁸¹ Consoante o art. 2º do Estatuto, compreende-se adolescente aqueles com idade entre doze e dezoito anos.

⁸² Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

⁸³ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

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

⁸⁴ Período etário de 12 a 18 anos.

Cabe salientar que o Estatuto preocupou-se em trazer um rol de direitos individuais⁸⁵ e de garantias processuais⁸⁶, que deverão ser observados quando da elucidação da prática do ato infracional e durante o cumprimento de medida socioeducativa, em conformidade com os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal e na esteira do conceito de sujeito de direitos que é consignado a toda criança e adolescente, ainda que em cumprimento de medida socioeducativa.

Oportuno esclarecer que as medidas socioeducativas diferem das medidas de proteção, porquanto estas são providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação, nos termos do art. 98 do ECA, e serão aplicadas no caso de ato infracional praticado por crianças⁸⁷, a teor do disposto no art. 105 do mesmo Diploma. Entretanto, conforme será explorado à frente, o Estatuto prevê a possibilidade de aplicação de algumas medidas protetivas, durante o processo socioeducativo.

O §1º do art. 112 e o art. 113 do ECA trazem os critérios que serão adotados para a aplicação das medidas, tendo em vista sempre o melhor interesse do socioeducando, que são: a capacidade de cumpri-la, a gravidade e circunstâncias do fato, a gravidade da infração, bem como as necessidades pedagógicas, preferindo-se sempre as que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.

Já no parágrafo único do art. 100 do mesmo Diploma, o legislador elencou 12 princípios que devem ser considerados na aplicação das medidas. São eles: condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, proteção integral e prioritária, responsabilidade primária e solidária do poder público, interesse superior da criança e do adolescente, privacidade, intervenção precoce, intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade, responsabilidade parental, prevalência da família, obrigatoriedade da informação, oitiva obrigatória e participação.

Diante desses princípios, fica em destaque o papel do Estado na intervenção junto às crianças e adolescentes, sua função primária e garantidora deve ser precoce, mínima, proporcional e atual, estimulando a participação dos pais no processo socioeducador. Observe que o legislador não permite que o Estado feche os olhos à condição de perigo que o adolescente se encontra, deve-se ter em mente que o ato infracional, na maioria das vezes, é

⁸⁵ Art. 106 ao 109 do ECA.

⁸⁶ Art. 110 ao 111 do ECA.

⁸⁷ ECA. Art. 2º: Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos.

um sinal do risco ao qual o infrator está exposto e a única forma do poder público ter ciência dessa realidade.

Diversamente da área criminal, as medidas socioeducativas não são prefixadas pelo legislador, tanto qualitativa ou quantitativa, em relação a cada fato. Assim, no momento de sua aplicação, deve a autoridade judiciária observar a condição subjetiva do socioeducando, em cotejo com todos os princípios garantidores, a fim de determinar a medida mais adequada. “Tais critérios são parâmetros legais oferecidos pelo Estatuto ao juízo infanto-juvenil, sendo imprescindível à correta avaliação da medida a ser aplicada a fim de atingir a um só tempo, os objetivos da ressocialização e da prevenção da reincidência⁸⁸”

Outro aspecto que reforça o caráter pedagógico da medida e sua finalidade socioeducativa, é a possibilidade de sua aplicação ser cumulada com outras medidas e de sua substituição a qualquer tempo, consoante disposto no art. 113 c/c o art. 99 do Estatuto e dos arts. 42 a 44 da Lei do SINASE⁸⁹.

Assim, inequívoco o entendimento de que a medida socioeducativa sustenta um caráter educativo-pedagógico, utilizando-se de todo aparato legal para a realização de seus fins. Nesse sentido é esclarecedora a passagem de Ramidoff:

Dessa maneira, toda e qualquer medida legal que se estabeleça aos jovens, consoante mesmo restou determinado normativamente tanto pela Constituição da República de 1988, quanto pela Lei Federal 8.069, de 13.07.1990 e, também, sobretudo, material e fundamentalmente, pela Doutrina da Proteção Integral, deve favorecer a maturidade pessoal (educação), a afetividade (valores humanos) e a própria humanidade (Direitos Humanos: respeito e solidariedade) dessas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento de suas personalidades⁹⁰.

Trata-se de uma matéria autônoma e fruto de uma escolha política, não se confundindo, conforme veremos a seguir, com a tipologia do Direito Penal.

2.1.1 A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa e sua Especificidade

Para entender a natureza das medidas socioeducativas é preciso notar o caráter instrumental que elas sustentam, pois, embora decorrente de ato infracional, sua finalidade mantém-se fiel a seu caráter pedagógico e socioeducativo. Dessa forma, sua função é

⁸⁸ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 1.012.

⁸⁹ SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Lei. 12.594/12.

⁹⁰ RAMIDOFF, *Op. Cit.*, p. 101.

“assegurar todas as oportunidades e facilidades ao desenvolvimento de capacidades, potencialidades e realizações pessoais⁹¹”, de forma que o socioeducando compreenda sua responsabilização pelo ato cometido e esteja apto a uma sadia convivência social.

Assim, constatado o cometimento do ato infracional pelo adolescente, respeitados os direitos individuais⁹² e as garantias processuais⁹³, impõe-se a este o cumprimento da medida socioeducativa mais adequada a sua condição subjetiva (considerando sua posição de sujeito de direitos e deveres), surgindo, no mesmo momento, o dever do Estado a voltar-se ao adolescente, conscientizando-o e o responsabilizando, sem, entretanto, com a retributividade da carga penal. A inimizabilidade penal não é sinônimo de impunidade, consoante brandam alguns leigos, mas apenas responsabilização diferenciada.

Nesse sentido, vale a elucidação de Bruna Mello de Miranda⁹⁴:

É bem verdade que no nosso ordenamento os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis. Todavia, a inimputabilidade não pode, de modo nenhum, significar impunidade. Não há quem cumpra sanção sem prévia responsabilização, porque a última é pressuposto da primeira. Outrossim, a responsabilização é perfeitamente possível, ainda que em seara estranha ao direito penal.

Dessa forma, insta reconhecer que a medida socioeducativa imposta ao adolescente infrator tem sua natureza diferenciada em relação à criminal, pois sua finalidade é eminentemente protetiva e pedagógica, ainda que com certa carga retributiva, na medida do necessário à responsabilização pelo ato. Isso porque assim dispõe o Estatuto e a própria Constituição, ao diferenciar de forma clara o sistema penal do sistema socioeducativo.

Logo, considerando que a razão de ser da medida socioeducativa é a inimputabilidade penal, não há como atribuir-lhe natureza criminal, justamente por esta corresponder à responsabilização penal. São signos opostos, não há como reconhecer paridade.

A natureza diversa da medida socioeducativa em relação à pena criminal encontra respaldo judicial, como se depreende da Ementa do HC 0043339-87.2012.8.19.0000, da 2ª Câmara Criminal do TJRJ:

⁹¹ RAMIDOFF, *Op. Cit.* p. 98.

⁹² Os direitos individuais na apuração de ato infracional estão elencados nos arts. 106/109.

⁹³ As garantias processuais na apuração do cometimento de ato infracional estão elencadas nos arts 110-111 do ECA.

⁹⁴ MIRANDA, Bruna Mello de. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO ESPECIFICIDADE: UMA DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PENAL. Revista de Direito de Infância e da Juventude/ vol. 2/2013/p.2013/jul.2013/DTR\2013\12544.

AÇÃO CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE INIMPUTÁVEL, SENTENCIADO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TIPIFICADO NO ARTIGO 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL C/C 14, II, ARTIGOS 121, *CAPUT* C/C 14, II E ARTIGO 329, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, COM REAVALIAÇÃO DESIGNADA PARA 22/11/2012. PLEITO DE CÔMPUTO NESSE PERÍODO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NATUREZA DA DETRAÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO PENAL (ARTIGO 42). **DISTINÇÃO ENTRE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**. OBJETIVOS E FINS. LEI N. 12.594/2012, DE 18 DE JANEIRO DE 2012. INOVAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS QUE NÃO DISPÕE SOBRE O TEMA. **APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE**. INEXISTÊNCIA DE LACUNA INVOLUNTÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM QUE SE DENEGA⁹⁵.

Essa diferenciação, ainda que na maioria dos casos reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, não é pacífica e levanta alguns debates. Na prática, os órgãos responsáveis pela estruturação do sistema e realização das políticas públicas têm grande resistência em admitir a tutela específica do sistema socioeducativo, aplicando a realidade deturpada do sistema criminal. Muito disso, é verdade, atribui-se a uma concepção generalizada pela qual a sociedade enxerga os adolescentes infratores, são os antigos estigmas do “menor”, somados aos novos adjetivos, “sementes do mal”, propagados diuturnamente pela grande mídia e seus veículos de comunicação, que clamam pelo recrudescimento do direito penal. Não foi por menos que o Constituinte Originário, na forma do art. 227 da Constituição, numa louvável tentativa de implementar o sistema de garantias, impôs a todos o dever de zelar pelos direitos da criança e do adolescente.

A realidade experimentada não pode derrogar a lei, quanto mais a Constituição. O que temos visto, entretanto, é justamente esse fenômeno, pelo qual se pretende desacredenciar os institutos minoristas – socioeducativos – através do reconhecimento de alguns princípios de Direito Penal à matéria. Sucede que esse entendimento é falacioso e pretende ocultar a verdadeira face do problema que é a não afirmação dos direitos reconhecidos e o descaso com a efetivação destes, afinal, a simples positivação dos direitos não faz surgir sua materialidade no contexto social. Portanto, é forçoso reconhecer que as medidas socioeducativas encontram seus fundamentos e finalidades no Direito Infracional, o qual por si só, é capaz de assegurar garantias decorrentes de sua aplicação, sem se socorrer do Direito Penal.

⁹⁵ TJRJ, 2ª Câ. Crim. *Habeas Corpus* 0043339-87.2012.8.19.0000.

Acentuando essas diferenciações, Bruna Mello de Miranda⁹⁶ discorre que:

O Direito Penal predispõe-se à famigerada reintegração social. Já o infracional, porque atuante em momento peculiar de condição de desenvolvimento da pessoa humana, não pressupõe recuperabilidade, resgate ou reeducação. Ao revés, presume tempo hábil para não ter que se haver o Estado, posteriormente, de meios para reaver algo perdido, que precisa de salvação.

Ainda, ao arrematar seu argumento, a autora se utiliza de interessante metáfora, “com a mesma mão que afague, também apedreje”, relacionando-se ao fato que só é legítimo sancionar àquele que cumpriu seu dever de educar, tal qual o pai como o filho, é o Estado com os socioeducandos.

Portanto, sob qualquer técnica hermenêutica, concluir-se-á pela especificidade da medida socioeducativa, não se permitindo dizer que o adolescente cumpre pena criminal, ou que a medida tem esse caráter. Tudo isso, evidentemente, sob uma perspectiva teórica (dever-ser), já que na prática os sistemas penais e socioeducativos se alinham numa política de limpeza social, “o que não significa, no entanto, que devemos nos curvar a falha implementativa a uma justificativa de interpretação nada mais que distorcida⁹⁷”.

2.1.2 As Medidas Socioeducativas em Espécie

O artigo 112 do Estatuto dispõe sobre as espécies de medidas socioeducativas que poderão ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei. Cabe ressaltar, consoante afirmado acima, que a MSE não guarda relação direta com o ato cometido pelo adolescente, mas sim a mais adequada dentro do processo de socioeducativo de responsabilização⁹⁸.

Nesse sentido, Ramidoff acentua que:

A medida socioeducativa é uma reação adequada pedagogicamente às necessidades educacionais e sociais dos adolescentes que através da prática de ato infracional sinalizaram situação de ameaça ou violência aos seus direitos individuais e ou às suas garantias fundamentais⁹⁹.

⁹⁶ MIRANDA, *Op. Cit.* p. 5.

⁹⁷ MIRANDA, *Op. Cit.* p. 7.

⁹⁸ Lei 8069/1990, Art. 112.

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

⁹⁹ RAMIDOFF, *Op. Cit.*, p. 108.

O caráter impositivo das MSE deve respeitar o disposto no art. 114 do ECA¹⁰⁰, até porque qualquer ingerência estatal na esfera individual do cidadão deve ser parametrizada, ainda que sustente caráter de ação positiva, garantidora de direitos fundamentais e/ou sociais.

A medida socioeducativa denominada advertência, art. 115 do Estatuto, consiste em admoestação verbal realizada pela autoridade judiciária dirigida ao adolescente infrator aplicada em audiência específica, que será reduzida a termo e assinada. Sua intenção é promover a reflexão do adolescente acerca da reprovabilidade de seu ato e, na oportunidade, alertar seus pais acerca de seu papel na educação e formação de seus filhos.

A medida socioeducativa que determina a obrigação de reparar o dano, art. 116 do Estatuto, manifesta que a autoridade poderá determinar que o adolescente “restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”. Vê-se que a forma de reparação estará vinculada diretamente à capacidade econômico-financeira do infrator, de forma que caso não seja possível a reparação naquelas modalidades, o parágrafo único do referido artigo possibilita a substituição por outra medida mais adequada.

Cabe ressaltar que a presente medida mostra-se na maioria das vezes inócua, considerando o clientelismo marcante do sistema socioeducativo, que é composto em sua grande maioria por adolescentes provenientes de famílias pobres, cujos poucos recursos inviabilizam seu cumprimento.

A prestação de serviços à comunidade, art. 117 do ECA, “consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente há seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais”. Ademais, o parágrafo único ressalta o caráter subjetivo das medidas ao impor que sejam adequadas às aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas por no máximo oito horas semanais, sem que isso atrapalhe os horário escolar ou a jornada de trabalho.

Essa medida logra uma válida experiência comunitária ao adolescente infrator, estimulando uma percepção valorativa dos bens sociais.

A liberdade assistida, art. 118 do Estatuto, “será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”. Para

¹⁰⁰ Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a IV do artigo 112, pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do artigo 127.

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

parte da doutrina que se orienta pelo caráter educativo-pedagógico¹⁰¹ da medida socioeducativa, “a liberdade assistida se constitui na medida socioeducativa que melhor tem oferecido resultados adequados às orientações humanitárias e pedagógicas então propostas pela Doutrina da Proteção Integral¹⁰²”. O §1º do referido artigo determina que o socioeducando será acompanhado por um profissional capacitado para acompanhar o caso, para tanto, o Juiz competente designará o profissional que ficará encarregado de promover socialmente o adolescente, juntamente com sua família, acompanhando e supervisionando seu aproveitamento escolar e sua inserção no mercado formal de trabalho.

Durante todo esse procedimento, relatórios deverão ser apresentados para fins de verificar o desenvolvimento do socioeducando em face da medida aplicada. Caso se verifique que o adolescente não responde de forma satisfatória àquela proposta pedagógica, o parágrafo seguinte garante a possibilidade de substituição, prorrogação, ou revogação, a qualquer tempo, da medida. Para tanto, insta a oitiva do orientador, do Ministério Público e do defensor constituído, tudo em busca da realização do melhor interesse do socioeducando. Cumpre esclarecer que o dito parágrafo ainda menciona o prazo mínimo de seis meses para o cumprimento da liberdade assistida, prazo considerado mínimo necessário à estipulação de vínculo pedagógico-educativo com o adolescente.

Em sequência, o art. 119 do Estatuto traz as orientações que devem nortear a atuação do profissional que acompanhará a medida, tudo com o apoio e orientação da autoridade judiciária, ouvidos sempre o Ministério Público e o defensor constituído. Nessa senda, os incisos do aludido artigo enumeram os seguintes encargos, na seguinte dicção: I – “promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social”; II – “supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula”; III – “diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho e apresentar relatório do caso”.

Outrossim, a eficácia desse atendimento depende da construção de um sistema que seja interligado e cooperativo, dessa forma, os art. 150 c/c art. 151 do Estatuto, definem, respectivamente, a atribuição do Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, de prever recursos necessários para manter a equipe interprofissional, assim como o encargo da equipe interprofissional de manter atualizada a autoridade judiciária acerca das ocorrências durante o acompanhamento socioeducativo, emitindo laudos e

¹⁰¹ RAMIDOFF, *Op. Cit.*, p. 108.

¹⁰² *Idem.*

relatórios, ou verbalmente em audiência, tudo em subordinação àquela autoridade, sendo assegurada, entretanto, a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Noutro giro, na dicção do art. 120 do Estatuto¹⁰³, tem-se que o regime de semiliberdade, “deve se constituir numa estratégia jurídico-protetiva a ser adotada primordialmente para evitar a privação total da liberdade do adolescente¹⁰⁴”. Através desse regime é possível a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

Conforme o § 2º do citado artigo, a medida de semiliberdade não comporta prazo determinado, e deve ser aplicado, no que couber as disposições relativas à internação. Com isso, a medida deve ser reavaliada em no máximo seis meses e seu cumprimento não poderá ultrapassar o prazo de três anos.

A medida socioeducativa de internação é uma espécie diferente de privação de liberdade, visto que, consoante dispõe o art. 121 da Lei 8069/90¹⁰⁵, orienta-se pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O inciso 1º permite a realização de atividades externas, como por exemplo, escolarização e profissionalização, a critério da equipe técnica, salvo determinação judicial em contrário. Esta previsão reforça o caráter excepcional da internação. Vale ressaltar que a determinação judicial impeditiva de realização de atividades externas deve ser fundamentada e pode ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária¹⁰⁶.

Em relação ao prazo, a medida de internação, alinhada com as demais medidas socioeducativas, não comporta prazo determinado¹⁰⁷, devendo ser reavaliada no máximo a cada seis meses por decisão fundamentada. O parágrafo 3º determina o prazo máximo de três anos no cumprimento da internação, entretanto, atingido esse limite, não necessariamente o adolescente será liberado, podendo ser colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida¹⁰⁸, na medida de suas necessidades, devendo sempre a desinternação ser precedida

¹⁰³ Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

¹⁰⁴ RAMIDOFF, *Op. Cit.*, p. 110.

¹⁰⁵ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

¹⁰⁶ Art. 121, §7º A determinação judicial mencionada no §1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

¹⁰⁷ Art. 121. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

¹⁰⁸ Art. 121, § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

de autorização judicial, ouvido o Ministério Público¹⁰⁹. Ao atingir vinte e um anos de idade, conforme §5º, a liberação do jovem será compulsória.

Considerando seu caráter excepcional, o art. 122 do Estatuto determina de forma taxativa as hipóteses nas quais a internação poderá ser determinada, são elas: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ressalte-se que no caso inciso III, trata-se da internação-sanção, uma espécie de internação aplicada, pelo prazo máximo de três meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal, quando do reiterado descumprimento de medida já aplicada¹¹⁰. Ainda, o parágrafo 2º arremata de forma categórica a excepcionalidade da medida de internação, nos seguintes termos: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Da mesma forma, o art. 123¹¹¹ do Estatuto segue delineando a aplicação da medida de internação, dessa forma, determina que seu cumprimento deverá ser exclusivo em entidades destinadas a adolescentes, em local distinto daqueles destinados a abrigos, por estes serem adequados a crianças sob medidas de proteção. Deve-se ainda haver uma rigorosa separação por critérios de idade compleição física e gravidade da infração. Fica evidente que essa separação determinada pela lei se dá pela necessidade de abordagens pedagógicas distintas, conforme o perfil dos socioeducandos. Neste sentido, reforça o parágrafo único ao aduzir que “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”.

Temos ainda o art. 124 do ECA que determina os direitos do adolescente privado de sua liberdade, trata-se de rol exemplificativo, que deve ser conjugado com o art. 90 c/c art. 94 do mesmo diploma, ao quais disciplinam os deveres das entidades que desenvolvem programas de internação, no sentido de garantir todos os direitos fundamentais dos adolescentes, cumprindo de forma sistemática a Doutrina da Proteção Integral, tal qual concebida pela Constituição Federal.

¹⁰⁹ Art. 121, §6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

¹¹⁰ Art. 122, §1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

¹¹¹ Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

2.1.3 Execução das Medidas Socioeducativas: Lei: 12.594/12 - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)

A crise interpretativa acerca do direito da criança e do adolescente, principalmente na seara do direito infracional e socioeducativo, é patente; sendo uma das causas de impertinentes propostas de políticas públicas, as quais até o presente momento inviabilizaram a realização da vontade constitucional.

Dessa forma, desde seu início, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sofrendo crises de interpretação, sobre seu conteúdo, e de implementação, como forma de concretização de sua política protetiva. Seguindo nesse raciocínio, Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza, concluem que, “a crise de interpretação decorre do ranço menorista ainda presente no raciocínio hermenêutico não só do jurista, senão também de outros integrantes da rede de atendimento socioeducativo”.

Evidente que a interpretação devida acerca do direito da criança e do adolescente não pode ser casuística, tampouco fracionada (muitos querem compreender o todo, pela parte), ao revés, deve-se compreender todo o caminho até aqui percorrido e reconhecer os importantes avanços obtidos na construção de um sistema de direitos e garantias infantojuvenis, que se inicia desde documentos internacionais, recepcionados e esculpidos em nossa Constituição Federal e detalhados pela Lei 8090/90, de forma integrada e sistematizada.

Cabe ressaltar que o ECA foi tímido ao regulamentar a execução das medidas socioeducativas, abrindo espaço para interpretações discricionárias e contrárias aos postulados protetivos, valendo-se, por vezes, de um sentido puramente retributivo, embebido no mesmo sentimento de vingança imanente ao direito penal, o qual é responsável pelo sepultamento quase que definitivo da função ressocializadora da pena.

Com isso, visando afastar esses entendimentos perniciosos, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, em comemoração aos 16 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresentaram o SINASE, como produto de aprofundados estudos e debates com contribuições coletivas de diversas áreas do governo, representantes de entidades e especialistas da área, assim como operadores do Sistema de Garantia de Direitos de todo o País.

Para compreendermos bem a natureza e razão desse sistema, que mais tarde instituiu-se através da Lei 12.594/12¹¹², vale reproduzir parte da apresentação do SINASE:

¹¹² Lei 12594/12.

Tendo como premissa básica a necessidade de se constituir parâmetros mais objetivos e procedimentos mais justos que evitem ou limitem a discricionariedade, o SINASE reafirma a diretriz do Estatuto sobre a natureza pedagógica da medida socioeducativa. Para tanto, este sistema tem como plataforma inspiradora os acordos internacionais sob direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial na área dos direitos da criança e do adolescente¹¹³.

Dessa forma, o Sistema alinhou-se perfeitamente com os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, resistindo a interpretações subversivas e objetivando superar a dura realidade que estas interpretações nos impõem. O texto introdutório reflete esse espírito em diversas passagens, vê-se claramente que o Legislador insiste na missão constitucional socioeducativa, sempre como prioridade absoluta a proteção aos direitos da criança e do adolescente, como se percebe nesta passagem:

Com a formulação de tais diretrizes e com o compromisso partilhado a república certamente poderá avançar na garantia dessa ABSOLUTA PRIORIDADE¹¹⁴ da nação brasileira: a criança e o adolescente. Em especial, criam-se as condições possíveis para que o adolescente em conflito com a lei deixe de ser considerado um problema para ser compreendido como uma prioridade social em nosso país¹¹⁵.

Sob a mesma perspectiva do Estatuto, o SINASE delimita competências administrativas, estabelece o dever de elaboração de planos de atendimento socioeducativo, estipula e uniformiza comandos normativos a serem observados pelos programas de atendimento inscritos no sistema e cria sistema de informações sobre adolescentes e entidades e programas de atendimento e sistema de monitoramento.

Inaugurando o texto da lei, o artigo primeiro, em seu §1º, traz seu objeto, qual seja, a regulamentação e execução das medidas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional, orientando-se por diretrizes e princípios próprios, reafirmando a autonomia do Direito Infracional, como ramo do Direito da Criança e do Adolescente, nos seguintes termos:

“Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional; e altera as Leis nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560 de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, 23 de dezembro de 1991, 8.706 de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nº 4048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943”.

¹¹³ SINASE. Disponível em: <http://www.condeca.sp.gov.br/legislacao/sinase_integra.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹¹⁴ O destaque também se encontra no texto original.

¹¹⁵ SINASE, *idem*.

§1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se neles, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento à adolescente em conflito com a lei¹¹⁶.

Na sequência, o § 2º traz os objetivos das medidas, confirmando sua natureza pedagógica ao condicionar seu cumprimento aos seguintes propósitos: I- responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando sua reparação; II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III – desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei¹¹⁷.

Ao falar em responsabilização, integração social e desaprovação da conduta infracional, fica evidente a percepção de uma sanção com fins primordialmente educativos em detrimento de fins retributivos. A preocupação com essa diferenciação ganha relevo quando o art. 16 da Lei assevera que a estrutura física da unidade deverá ser compatível com as normas de referência do Sinase, e o §1º arremata, de forma incisiva, ao vedar a edificação de unidades socioeducativas em espaços contíguos, anexos, ou de qualquer outra forma integrados a estabelecimentos penais.

Embora já previstos na Constituição Federal e no ECA, os princípios da excepcionalidade, brevidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, antes cingidos apenas às medidas privativas de liberdade, foram ampliados a todas as medidas socioeducativas, na dicção do art. 35 do Sinase. Considerando a atualidade da lei (2012), fica notória a tentativa do legislador em desafogar o sistema socioeducativo dessa imersão equivocada nos princípios penais que o presente nos mostra.

Os direitos individuais dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas foram assegurados no art. 49 da Lei¹¹⁸, importando ressaltar que se trata rol exemplificativo,

¹¹⁶Lei.12594/12. Art. §1º, art. 1º.

¹¹⁷Lei.12594/12. Art. §2º, art. 1º.

¹¹⁸ Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

I – ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial;

II – ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação de liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;

vez que o próprio *caput* consigna “sem prejuízo de outros previstos em lei”. Outrossim, o §1º reconhece todas as garantias processuais destinadas aos adolescentes em conflito com a lei, já asseguradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Talvez o maior avanço da Lei 12594/12 tenha sido a previsão, em seu art. 52¹¹⁹, do Plano Individual de Atendimento (PIA), que se coloca como instrumento de execução de todas as medidas, considerando a condição peculiar de cada socioeducando em suas necessidades. O parágrafo único do mesmo artigo prevê que o PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização – civil e criminal – nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, civil e criminal. Discorrendo sobre as características do PIA, Bruna Mello de Miranda¹²⁰ pontua que:

a elaboração do Plano individual de Atendimento (PIA) é instrumento essencial na reavaliação a cada seis meses¹²¹ do adolescente sob cumprimento de medida socioeducativa, vez que dele constará estudo individualizado e pormenorizado do perfil do adolescente e de seu comportamento, bem como as providências institucionais quanto à socioeducação do jovem (atividades realizadas e programadas).

Dessa forma, o Plano Individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica que irá acompanhar todo o processo socioeducativo, com a participação efetiva do

III – ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na sentença;

IV – peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias;

V – ser informado, inclusive por escrito, das normas de organização e funcionamento do programa de atendimento e também das previsões de natureza disciplinar;

VI – receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação;

VII – receber assistência integral à saúde, conforme disposto no art. 60 desta Lei; e

VIII – ter atendimento garantido em creche e pré-escola aos filhos de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.

¹¹⁹ Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

¹²⁰ MIRANDA, Bruna Mello de. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO ESPECIFICIDADE: UMA DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PENAL. Revista de Direito da Infância e da Juventude/vol. 2/2013 / p. 203. jul/2013. DTR\2013\12544.

¹²¹ Art. 42. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais.

adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsáveis, consoante os termos do art. 53 do Sinase¹²².

O art. 54 da Lei segue indicando o que, no mínimo, deverá constar no plano individual para todas as medidas socioeducativas: I – os resultados da avaliação interdisciplinar; II – os objetivos declarados pelo adolescente; III – a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional; IV – atividades de integração e apoio à família; V – formas de participação da família para efetivo cumprimento da plano individual; VI – as medidas específicas de atenção à sua saúde. Com isso, enfatiza-se a perspectiva de que o adolescente possa confrontar-se com sua própria história, reconhecendo suas ações e ressignificando sua própria conduta.

Na mesma linha, o art. 55 do Sinase obriga, em relação às medidas de semiliberdade ou de internação, que o plano individual ainda contenha: I – a designação do programa de atendimento mais adequado para o cumprimento da medida; II – a definição das atividades internas e externas, individuais ou coletivas, das quais o adolescente poderá participar; e III – afixação das metas para o alcance de desenvolvimento de atividades externas. Ressalte-se ainda que o parágrafo único¹²³ estipula o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias da data do ingresso do adolescente no programa de atendimento para a elaboração do PIA.

Na dicção do disposto no art. 57 da Lei, vê-se claramente a busca aos aspectos que contribuíram para a realização do ato infracional, pretendendo construir a melhor forma de se desenhar o plano individual do socioeducando. Ei-lo:

Art. 57. Para a elaboração do PIA, a direção do respectivo programa de atendimento, pessoalmente ou por meio da equipe técnica, terá acesso aos autos do procedimento de apuração do ato infracional e aos dos procedimentos de apuração de outros atos infracionais atribuídos ao mesmo adolescente.

Logo a seguir, os parágrafos 1º¹²⁴ e 2º esmiúçam essa ação, aduzindo a forma como as informações serão recolhidas, em conformidade com as normas a serem definidas pelo Poder

¹²² Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.

¹²³ Art. 55 do SINASE.

Parágrafo único. O PIA será elaborado no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias da data do ingresso do adolescente no programa de atendimento.

¹²⁴ Art. 57 do SINASE.

§1º O acesso aos documentos de que trata o *caput* deverá ser realizado por funcionário da entidade de atendimento, devidamente credenciado para tal atividade, ou por membro da direção, em conformidade com as normas a serem definidas pelo Poder Judiciário, de forma a preservar o que determinam os arts. 143 e 144 da Lei 8069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

Judiciário, e dispondo sobre outros documentos que a direção poderá também requisitar, nos seguintes termos:

§2º A direção poderá requisitar, ainda:

- I – ao estabelecimento de ensino, o histórico escolar do adolescente e as anotações sobre o seu aproveitamento;
- II – os dados sobre o resultado de medida anteriormente aplicada e cumprida em outro programa de atendimentos; e
- III – os resultados de acompanhamento especializado anterior.

Ainda, nos termos do art. 58 do Sinase, na ocasião da reavaliação da medida, é obrigatória a apresentação pela direção do programa de atendimento de relatório da equipe técnica sobre a evolução do adolescente no cumprimento do plano individual. Sendo, à luz do art. 59 do mesmo diploma, restrito o acesso ao plano individual aos servidores de respectivo programa de atendimento, ao adolescente e a seus pais ou responsável, ao Ministério Público e ao Defensor, exceto expressa autorização judicial.

Ademais, na orientação do § 2º do art. 42 da Lei¹²⁵, ao tratar da reavaliação das medidas, que deve ocorrer no prazo máximo de seis, conforme redação de seu *caput*, importa que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave.

A locução do art. 43 do Sinase exterioriza de forma cristalina a natureza pedagógica das medidas socioeducativas ao tratar que:

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, de seus pais ou responsável.

Na sequência, o §1º traz, entre outros¹²⁶, os motivos que justificam o pedido de reavaliação, quais sejam: I – o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória; II – a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e III – a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente.

¹²⁵ Art. 42 . §2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave.

¹²⁶ Rol não taxativo.

Visando a efetivação da política proposta pela Lei, o Capítulo V trata da Avaliação e Acompanhamento da Gestão do Atendimento Socioeducativo. Assim, através do art. 18 da Lei¹²⁷, há a previsão da articulação entre os Entes Políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a fim de que se realizem avaliações periódicas da implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo em intervalos não superiores a 3 (três) anos. Na sequência dos parágrafos, fica estipulado que o objetivo destas avaliações é verificar o cumprimento das metas estabelecidas e elaborar recomendações aos gestores e operadores, devendo haver a participação de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos Tutelares.

No art. 19 da Lei, ficam estabelecidos os objetivos do Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, nos seguintes termos: I – contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo; II – assegurar conhecimento rigoroso sobre as ações do atendimento socioeducativo e seus resultados; III – promover a melhora da qualidade da gestão e do atendimento; e IV – disponibilizar informações sobre o atendimento socioeducativo.

Pelo exposto, fica nítida a concepção construtivista do sistema, que, a todo momento, pretende seu aprimoramento, reconhecendo que a superação da atual realidade demandará esforços contínuos.

Considerando a pertinência temática, insta citar a Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça¹²⁸, que, em 16 de novembro de 2012, através do Programa Justiça ao Jovem, após conhecer o sistema de internação de todos os Estados do País, diagnosticou a necessidade de uniformização do procedimento de execução de medida socioeducativa. Dessa forma, nos termos do seu art. 1º, estabeleceu normas gerais para o atendimento, pelo Poder Judiciário, do adolescente em conflito com a lei, na internação provisória e no cumprimento das medidas socioeducativas.

Basicamente, a Resolução criou mecanismos, como a Guia de Execução, a qual deverá orientar todos os processos de execução, a fim de realizar com mais presteza os fins das medidas socioeducativas. Tudo em conformidade com as normatizações trazidas pelo Sinase. A fim de demonstrar que tanto o Sinase quanto a Resolução nº 165 caminham juntos e se

¹²⁷ Art. 18. A União, em articulação com os estados, o Distrito Federal e os Municípios, realizará avaliações periódicas da implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo em intervalos não superiores a 3 (três) anos.

¹²⁸ RESOLUÇÃO Nº 165 de 16 de novembro de 2012.

“Dispõe sobre normas gerais para o atendimento, pelo Poder Judiciário, ao adolescente em conflito com a lei no âmbito na internação provisória e do cumprimento das medidas socioeducativas”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/22251-resolucao-n-165-de-16-de-novembro-de-2012>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

orientam pelos mesmos princípios, vale reproduzir algumas considerações que subsidiaram a necessidade da Resolução em comento:

CONSIDERANDO que compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, veiculado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional Socioeducativo, promover, defender, e controlar a efetivação dos direitos, em sua integralidade, em favor de adolescentes em conflito com a lei, em respeito ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal prioriza, de forma absoluta, a garantia dos direitos da criança e do adolescente;

CONSIDERANDO o disposto, em especial, nos arts. 112, 175, parágrafos 2º, 108, 183 e 185, do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Por fim, cabe destacar as causas de extinção da medida socioeducativa, nos termos do art. 46 do Sinase. São elas: I – pela morte do adolescente; II – pela realização de sua finalidade; III - pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva; IV – pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; e V – nas demais hipóteses previstas em lei.

Conclui-se, dessa forma, que o sistema socioeducativo entende a primazia da natureza pedagógica na execução da MSE, quando não vincula tempo determinado para a medida, impondo seu termo quando seus objetivos são realizados (sempre em cotejo com os princípios da brevidade e excepcionalidade), e também no caso de aplicação de pena ao jovem, visto que a natureza punitiva da pena criminal é absolutamente incompatível com a finalidade pedagógica da medida socioeducativa.

Isto posto, é de se notar que, em toda sua extensão, a Lei 12594/12 evidencia a autonomia do Direito Infracional, tal qual inserido no Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao traçar os princípios e objetivos de todas as medidas socioeducativas, negando, em definitivo, a possibilidade de qualquer análise sob uma perspectiva penal.

2.2 PRESCRIÇÃO PENAL: INAPLICABILIDADE NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - UMA CRÍTICA À SÚMULA 338 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SEUS PRECEDENTES

2.2.1 Conceito de Prescrição Penal

A Prescrição Penal vem estatuída pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal¹²⁹, como uma das causas extintivas da punibilidade, consoante art. 107, IV, do Diploma Penal¹³⁰, além de ser regulada pelos arts. 109 a 119 do mesmo Diploma. Trata-se de um limite temporal ao poder de punir do Estado ou de executar uma punição já imposta¹³¹, o Estado fica impedido de exercer tal mister por questão de ordem pública.

O direito de punir do Estado é abstrato, mas passa a ser concreto e determinado quando algum preceito legal é violado, devendo-se, para tanto, ser deduzido em juízo, em respeito ao devido processo legal e todos os seus corolários. Segundo a doutrina¹³² a esse direito concreto chamamos de punibilidade.

Entretanto, este poder-dever não é e não deve ser eterno, por razões de segurança jurídica e verdadeira paz social, tal atividade deve ser desenvolvida dentro de um prazo razoável¹³³.

Doutrinando sobre o tema, Rogério Greco ensina que:

Dessa forma, poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade¹³⁴.

¹²⁹ Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_dl2848.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹³⁰ Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou preempção;

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹³¹ SANCHES CUNHA, Rogério. Manual de Direito Penal. 2013. *Jus PODIVM*.

¹³² FOHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. PRESCRIÇÃO PENAL – APONTAMENTOS. Revista dos Tribunais. V. 640. P. 267. Fev/1989. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Vol. 4. P. 1035. Out/2010 DTR\1989\195.

¹³³ FOHRER, *Op. Cit.*; p. 268

¹³⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. I. Impetus. RJ. 2008, p. 729.

Os fundamentos que justificam o instituto da prescrição penal são variados e decorrem da construção epistemológica do próprio Direito Penal e seu alto grau de lesividade aos direitos fundamentais individuais, quando manobrado de maneira equivocada, conforme dura experiência que a história já nos mostrou e o presente ainda nos impõe. Identificando os fundamentos justificantes da prescrição penal, Greco aduz que podemos destacar, dentre outros, “o esquecimento a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranqüilidade para aquele que praticou a infração penal¹³⁵”. Consideramos que por vezes a sombra de uma possível condenação, através de um tortuoso e infundável processo penal, pode ser mais prejudicial que a própria pena.

Cumpramos ressaltar que a Constituição Federal, na dicção dos incisos XLII e XLIV do art. 5º¹³⁶, trouxe algumas exceções à regra da prescrição penal em relação a alguns crimes, quais sejam: a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em relação à natureza jurídica, reside certa controvérsia na doutrina, visto que alguns a consideram como instituto de Direito Penal; outros, de Direito Processual Penal, havendo, ainda, aqueles que consideram sua natureza como mista. Entretanto, o entendimento majoritário se posiciona pelo reconhecimento como instituto de Direito Penal com reflexos imediatos no Processo Penal. Dessa forma também entende Cezar Roberto Bitencourt, ao lecionar que: “para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias conta-se o dia do seu início¹³⁷”. Esta também é a posição de Rogério Greco¹³⁸.

É sabido que a finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos mais considerados pela sociedade, quando outros meios estatais se mostram ineficazes. Assim, como consequência da violação destes bens, temos a pena. A pena, em apertada síntese, é o instrumento de coerção escolhido pelo Direito Penal, que o entendeu adequado à proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

Para Greco, o critério de seleção dos bens jurídicos a serem tutelados é político, pois considera o autor que se alterna no tempo o critério de escolha, conforme a evolução da

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Constituição Federal. Art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte geral, v. 1, p. 672.

¹³⁸ GRECO, *Op. Cit.*, p. 730.

sociedade. Exemplificando seu posicionamento, o referido autor cita a revogação dos delitos de sedução, rapto e adultério, levada a efeito pela lei nº 11.106, de 28 de março de 2005¹³⁹.

Hoje percebemos uma crescente tendência do alargamento dos tipos penais, colocando o Direito Penal como opção política imediata, ferindo de morte o princípio da Intervenção Mínima, sendo objeto de uma legislação promocional que responde a interesses espúrios de algumas verdadeiras castas sociais, que ainda hoje permeiam nossas instituições republicanas.

Dissertando sobre o mencionado princípio, Greco leciona que:

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância¹⁴⁰.

Cumprido esclarecer que os comentários expostos acima, apresentam-se pertinentes porque consideramos, em muitos momentos, que a dificuldade em se compreender a natureza específica das medidas socioeducativas, negando-se sua legítima aplicabilidade, encontra suas razões nesse mesmo discurso odioso e promocional que orna qualquer abordagem da matéria. São as mesmas viciadas premissas.

Da análise do artigo 109 do Diploma Repressivo¹⁴¹, decorre o critério temporal que o legislador entendeu apropriado para, quando decorrido seu prazo, haver por declarar a prescrição penal. Destarte, o lapso temporal da prescrição será em cotejo com o preceito secundário de determinado tipo penal, sucede que o preceito secundário é eleito em decorrência da importância que aquele bem jurídico ostenta na sociedade, quanto maior for essa valia, maior será o tempo da pena (preceito secundário).

Com isso, a prescrição mantém relação direta com o *quantum* da pena, e esta se relaciona com o grau de importância do bem jurídico lesado. Há uma relação triangular objetiva. Portanto, ao contrário Direito Socioeducativo, em sua natureza pedagógica, que considera os aspectos subjetivos em relação à possibilidade do adolescente em cumprir a

¹³⁹ GRECO, *Op. Cit.*, p. 5

¹⁴⁰ GRECO, *Op. Cit.*, p. 49.

¹⁴¹ Código Penal. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano.

MSE; o Direito Penal reconhece apenas o caráter objetivo da conduta em relação ao bem jurídico lesado para se determinar o tipo de pena.

O art. 115 do Diploma Repressivo prescreve a redução pela metade dos prazos prescricionais quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos. Trata-se do reconhecimento, pelo legislador, da condição especial daqueles que acabaram de sair da fase da adolescência e ainda não estão com sua personalidade completamente formada e, em razão disso, são passíveis da prática de atos ilícitos impensáveis. Pretendeu também o legislador diminuir a possibilidade de convivência dos jovens com o danoso ambiente carcerário, o que poderia comprometer definitivamente sua personalidade.

Há, ademais, espécies de prescrição, a saber: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória¹⁴². Em relação à prescrição da pretensão punitiva, na doutrina de Greco, temos que “o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial¹⁴³”. No caso da prescrição executória, contudo, em razão do decorrer do tempo, o Estado terá perdido o direito de executar a sentença.

O artigo 109 do Código Penal traz o primeiro cálculo a ser feito, antes de transitada em julgado a decisão. Esclarecendo a forma de se reconhecer o instituto, Greco exemplifica da seguinte forma:

Assim, suponhamos que alguém tenha praticado um delito de lesões corporais cuja pena máxima tenha seja de um ano de detenção. Em razão do disposto no inciso V do art. 109 do Código Penal, a prescrição pela pena máxima em abstrato ocorrerá em quatro anos¹⁴⁴.

Na prescrição após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, serão considerados os mesmos prazos do art. 109 do Código Penal, entretantes, verificado pelo tempo da pena aplicada, nos termos do art. 110 do mesmo diploma: “*Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço se o réu é reincidente*”.

O *caput* do art.110 deve ser conjugado com seu §1º, que aduz que: “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”. Assim, em face do princípio *non*

¹⁴² GRECO, *Op. Cit.*, p.730.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

reformatio in pejus a sentença não poderá ser elevada após o trânsito em julgado para a acusação, servido como base para o cálculo da prescrição pretensão executória.

O reconhecimento da espécie de prescrição é fundamental, pois seus efeitos são distintos e repercutirão nas esferas penal e civil. Dessa forma, o réu que teve declarada extinta a punibilidade de sua conduta por conta da prescrição da pretensão punitiva, ostentará o *status* de réu primário, e não constará anotação em seus antecedentes penais, será como se não houvesse praticado a infração penal, isso na seara penal. Já na esfera civil, a prescrição da pretensão punitiva não viabiliza a formação de título executivo judicial.

Tratando do tema, vale reproduzir uma decisão do STJ:

A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito de ação cognitiva, pois extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação da inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime” (MS 6877/DF – Mandado de Segurança 2000/0027913-7 – 3ª Seção – Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 25/4/2001, publicado no DJ em 21/05/2001, p. 55)¹⁴⁵.

No que tange à declaração da prescrição da pretensão executória, os efeitos são distintos, visto que o Estado terá perdido apenas o direito de executar seu julgado, mantendo-se os demais efeitos da condenação, considerando que o título executivo judicial foi formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, embora não podendo ser executado. Lecionando sobre o tema, Greco pontua que: “o condenado, se vier a praticar novo crime, poderá ser considerado reincidente; caso a condenação anterior não sirva para efeitos de reincidência, como na hipótese do art. 64, I, do Código Penal, ainda assim importará em maus antecedentes”.

E, ainda, como consequência da condenação, a vítima do delito terá à sua disposição o título executivo judicial, nos termos do art. 475 – N do Código de Processo Civil¹⁴⁶.

Diante do exposto, concluímos que a prescrição penal tem como objetivo impedir a perpetuação do poder punitivo estatal sobre o indivíduo transgressor da lei, trata-se de instituto de Direito Penal e neste encontra seus fundamentos. Portanto, por se tratar de matéria autônoma, o Direito Infracional – como ramo do Direito da Criança e do Adolescente e

¹⁴⁵ GRECO, *Op. Cit.*, p. 731.

¹⁴⁶ Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

regulado por suas Leis de Regência (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Sinase) -, não pode conceber o instituto da prescrição penal, por ser contrário a seus fundamentos e finalidades socioeducativas.

2.2.2 Razões para a Inaplicabilidade da Prescrição Penal nas Medidas Socioeducativas

Primeiramente, é necessário entender que a prescrição penal, conforme justificado acima, restringe o poder punitivo do Estado, que quando não limitado, é capaz de protagonizar as maiores atrocidades. Sucede que em relação ao Direito da Criança e do Adolescente, baseado nos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, tão bem sistematizada em nosso ordenamento jurídico, através de suas leis de regência, ao Estado se impõe o dever de socioeducar.

Para subsidiar nosso argumento, vale destacar a posição da 1ª Turma do Superior Tribunal Federal no HC 9831/RS, em 20/10/2009, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, que de forma unânime denegou a ordem, calcada no seguinte entendimento:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ASPECTOS RELEVANTES DO CASO CONCRETO. CARÁTER EDUCATIVO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ORDEM DENEGADA.

I – O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela.

II – O caso sob exame, todavia, apresenta aspectos particulares que impedem a aplicação do referido princípio.

III – As medidas previstas no ECA têm caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las.

E, ainda, vale reproduzir o parecer do representante do *Parquet* Federal, que captou com maestria as finalidades das medidas socioeducativas e reconheceu a obrigação do Estado em cumprir sua missão constitucional. Ei-lo:

Dada as funções sociais das medidas socioeducativas, não pode o Estado ficar impossibilitado de aplicá-las, deixando de exercer seu papel constitucional de tutelar suas crianças e adolescentes. Seria como impedir que um pai aplicasse a devida repreensão ao seu filho, de modo a evitar que não praticasse outras condutas erradas, ilegais.

Da análise do caso concreto, percebe-se a forma adequada como foi instrumentalizada a medida socioeducativa em seu caráter educativo-pedagógico, visto que, através dos relatos

de sua genitora, constatou-se a situação de risco na qual o jovem estava inserido, por já ter praticado outros atos infracionais, além de ser usuário de entorpecentes. Por conseguinte, entendeu-se que caso o Estado não cumprisse seu dever socioeducador, por certo aquele jovem, mais adiante, engrossaria as estatísticas do sistema prisional ou dos homicídios. Ficou evidente que sua genitora sem a ajuda estatal não conseguiria restabelecer a conduta de seu filho, o que pesou pelo não reconhecimento do princípio da bagatela ao caso concreto.

Importante esclarecer que o STF reconhece a aplicação do princípio da bagatela aos atos infracionais, pois assim deve ser, afinal, como espécie normativa mais flexível, seu grau de abstração¹⁴⁷ permite seu reconhecimento em searas distintas, desde que seja proporcional e razoável. No caso em tela, talvez não fosse o histórico do jovem, poder-se-ia aplicar o princípio, caso se considerasse que a genitora, através de seus meios, fosse capaz de reeducar seu filho sem a intervenção estatal, cumprindo seu dever constitucional¹⁴⁸.

Afinal, mover o aparelho estatal, ainda que com finalidades pedagógicas, pode não ser o mais recomendado, tanto é assim, que o Direito Infracional, através da Lei 12594/12¹⁴⁹ – Sinase - estendeu os princípios da excepcionalidade e da brevidade a todas as medidas socioeducativas, alinhando-se à dicção constitucional¹⁵⁰, o que deve ser aferido no caso concreto.

Nesse mesmo raciocínio, Murillo Digiácomo expõe da seguinte forma:

Para o Direito da Criança e do Adolescente, a aplicação da medida socioeducativa somente se justifica se o adolescente dela *realmente necessitar*, assim consideradas suas necessidades pedagógicas atuais (razão pela qual é sempre possível substituir as medidas originalmente aplicadas

¹⁴⁷Canotilho especifica os seguintes critérios na diferenciação entre regras e princípios, como espécies normativas: 1 – grau de abstração: “os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”; 2 – grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis da aplicação direta”. In LENZA, Pedro. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 15ª edição. Saraiva.

¹⁴⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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.

¹⁴⁹ Ver item 2.1.3.

¹⁵⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

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.

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

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

umas pelas outras ou mesmo decretar sua extinção, tão logo tenham surtido os resultados almejados – cf. arts. 99 c/c 113 e 121,§2º, da Lei n. 8060/90)¹⁵¹.

Noutro giro, o reconhecimento da prescrição penal nas medidas socioeducativas, por ser uma regra objetiva, afasta a possibilidade de se analisar *in casu* a real necessidade daquele adolescente, inviabilizando o dever estatal socioeducativo e suprimindo direitos e garantias individuais afetos à criança e ao adolescente. Ademais, como demonstraremos mais a frente, o sistema de proteção infantojuvenil, em suas leis de regência, trouxe uma forma de “prescrição socioeducativa” que será aferida pela perspectiva das necessidades do socioeducando.

Parte da doutrina e jurisprudência não reconhece a autonomia do Estatuto da Criança e do Adolescente, e também, recentemente, do Sinase, como instrumentos próprios na tutela jurisdicional dos adolescentes em conflito com a lei, negando-lhes sua autonomia científica, enxergando na medida socioeducativa uma pena¹⁵². Os que defendem esse entendimento, o fazem sob alegação de um Direito Penal Juvenil, que teria, em tese, um viés mais garantista; o que nos afeiçoa impertinente, consoante até aqui exposto, pois sustentar institutos penalistas em detrimento de um sistema nitidamente protetivo, sob uma alegação de garantia de direitos, é paradoxal. Explanando sobre as razões dessa corrente, Marcos Bandeira coloca da seguinte maneira: “*O embasamento teórico dessa corrente funda-se na violação do princípio de igualdade, no caráter punitivo da medida socioeducativa, pois se trata de uma sanção imposta, possuindo, portanto, as mesmas características da pena*¹⁵³”.

Deve-se ter em mente que as medidas socioeducativas, ainda que possuam certo caráter restritivo e privativo da liberdade, o fazem com a necessária dosimetria para o alcance de seus fins¹⁵⁴. Para tanto, são indeterminadas, *a priori*, revelando-se a mais adequada¹⁵⁵ apenas no momento de sua aplicação, após consideradas as condições pessoais do

¹⁵¹ DIGIÁCOMO, Murillo José. O Sinase em perguntas e respostas. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1198>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁵² BANDEIRA, Marcos. ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA LEITURA DOGMÁTICA, CRÍTICA E CONSTITUCIONAL. Editora: Universidade Estadual de Santa Cruz – BA. 2006. Disponível em: <<http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁵³ BANDEIRA, *Op. Cit.* p. 218.

¹⁵⁴ LEI 12594/2012. SINASE.

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida.

¹⁵⁵ 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.

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

adolescente (subjetivação)¹⁵⁶, sendo a gravidade da infração apenas mais um argumento a ser analisado, e não, necessariamente, o preponderante¹⁵⁷. Ademais, durante o cumprimento de medida socioeducativa, é imperioso o acompanhamento permanente, devendo-se suscitar a qualquer momento a alteração da medida ou até sua extinção¹⁵⁸, caso já se tenha atingido sua finalidade pedagógica.

Já a pena criminal, ao revés disso, é determinada, tem caráter retributivo e de prevenção geral e especial. Nesse sentido, arremata Marcos Bandeira:

A pena criminal é estabelecida em seus parâmetros quantitativos mínimos e máximos, correlacionando a conduta típica com determinada sanção, enquanto no sistema socioeducativo a normatividade é fluída e aberta, não havendo parâmetros determinados, já que a medida socioeducativa aplicada é por prazo indeterminado¹⁵⁹.

Nessa senda, forçoso reconhecer o dever do Estado em garantir os direitos da criança e do adolescente, compreendendo que a medida socioeducativa é apenas mais uma face dessa proteção, não guardando relação com o Direito Penal e seus institutos. Pois foi assim a vontade constitucional ao conceber o sistema de garantias que deve assegurar com prioridade absoluta a preservação dos direitos dos adolescentes, ainda que em conflito com a lei, garantindo-lhes a orientação pedagógica necessária à devida readaptação social.

Se assim não o fizer, o Estado estará inadimplindo seu dever constitucional em face do transcurso do tempo. Caso isso se suceda, o Estado será responsabilizado pelo descumprimento dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, conforme disposto no art. 208 do ECA¹⁶⁰.

¹⁵⁶ LEI 8069/1990. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..

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

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

¹⁵⁷ LEI 12594/2012. SINASE.

Art. 42. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10(dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

¹⁵⁸ LEI 12594/2012. SINASE.

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação de liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

¹⁵⁹ BANDEIRA, *Op. cit.*, p. 221.

¹⁶⁰ LEI 8069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados às criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferecimento regular:

Além do mais, numa rápida análise do disposto no art. 152¹⁶¹ do Estatuto, podemos de forma imediata aferir a impossibilidade do reconhecimento da prescrição penal em face das medidas socioeducativas, visto que o referido artigo prevê a aplicação da legislação processual pertinente, de forma subsidiária, aos procedimentos regulados pelo Estatuto. Dessa forma, por se tratar de matéria de Direito Penal material, o instituto da prescrição é inaplicável.

Outrossim, o art. 225 do ECA¹⁶², ao tratar dos crimes e infrações administrativas cometidas contra a criança e o adolescente, em sua parte final, reconhece a aplicação do Código Penal nestes casos, não abrindo nenhuma outra exceção. Ou seja, trata-se de uma norma que amplia a garantia dos direitos previstos no Estatuto, na medida em que possibilita a imposição de outros tipos penais, além daqueles dispostos na espécie.

Em seguida, o art. 226¹⁶³ do ECA, assevera que, àqueles crimes - praticados contra a criança e o adolescente-, serão aplicadas as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal. Ora, o artigo citado faz clara referência aos crimes previstos no Capítulo I do Título VII do Estatuto, e não aos atos infracionais praticados por adolescentes; até porque, seria patente falta de tecnicismo do legislador, caso chamasse de crime, as condutas que ele mesmo definiu¹⁶⁴ como ato infracional.

Fica claro que não há nenhum dispositivo no ECA que autorize o reconhecimento de institutos penais às medidas socioeducativas; ao contrário, o Diploma a todo momento faz referência às necessidades dos adolescentes em sua especial condição de desenvolvimento. Qualquer interpretação que se pretenda fazer em relação aos direitos da criança e do adolescente, deve ser feita à luz das Leis de Regência e dos princípios protetivos que estruturam a Doutrina da Proteção Integral. Nesse sentido, dispõe Marcos Bandeira:

¹⁶¹ LEI 8069/1990. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

¹⁶² LEI 8069/1990. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 225. Este capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

¹⁶³ LEI 8069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

¹⁶⁴ LEI 8069/1990. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

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

Não há, como visto, qualquer dispositivo no ECA que autorize a aplicação subsidiária das normas gerais de direito penal, como v.g., a prescrição, com relação aos atos infracionais atribuídos aos adolescentes, de sorte que se entende, com a devida vênia do entendimento em contrário esposado por respeitáveis juristas e operadores do direito, que é inaplicável o instituto da prescrição nas medidas socioeducativas¹⁶⁵.

Cumprido reforçar que a Constituição Federal, no art. 228¹⁶⁶, garantiu a inimizabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos e sujeitou a matéria às normas da legislação especial. Portanto, coube exclusivamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, na qualidade de Lei específica, tutelar a matéria infantojuvenil, não cabendo a aplicação do Diploma Penal. Além disso, soa-nos meio pedante presumir que o legislador, ao dispor sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, em meio a todo aquele processo de redemocratização do país - no qual se discutia com profundidade as políticas sociais - foi incauto e não dispôs sobre a prescrição penal.

Destarte, o sistema estatutário não precisa se socorrer da regra prescritiva do Direito Penal, pois previu formas distintas de extinção da pretensão socioeducativa. Dessa forma, à luz do disposto no §5º, do art. 121 do ECA, “a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade”, “o critério eleito foi outro e a preocupação legislativa se dirigiu tão somente à permeabilidade do adolescente aos efeitos da medida socioeducativa¹⁶⁷”, conforme destaca Bianca Mota e Helane Moraes. O Estatuto também limitou a tempo máximo de cumprimento da medida de internação a 3(três) anos, consoante disposto no §3º, do art. 121¹⁶⁸. Ressalte-se, que não existe apenas a prescrição como única forma de extinção da punibilidade, o próprio Código Penal prevê formas diversas da prescrição¹⁶⁹, com isso, podemos entender que o Estatuto previu apenas uma forma distinta de extinção, não da punibilidade, mas do dever

¹⁶⁵ BANDEIRA, *Op cit.* p. 228.

¹⁶⁶ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

¹⁶⁷ AMIN, Andrea Rodrigues. MORAES, Bianca Mota. RAMOS, HelaneVieria... CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Aspectos Teóricos e Práticos. 7ª Edição. Saraiva.

¹⁶⁸ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 121.

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

¹⁶⁹ CÓDIGO PENAL.

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou preempção;

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite;

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

socioeducativo sob as perspectivas do sistema de direitos e garantias da criança e do adolescente.

Por oportuno, vale reproduzir o entendimento que os Tribunais Superiores sustentam em relação ao mencionado art. 121, §5º, que, quando da promulgação do vigente Código Civil, foi objeto de ação em *habeas corpus* para se desconsiderar a possibilidade de cumprimento até 21 (vinte e um) anos, alinhando-se à nova disposição acerca da maioridade trazida pelo Diploma Civilista.

Assim, no HC 91491¹⁷⁰, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal Federal, em 19/06/2008, a Relatora, Ministra Carmen Lúcia, em seu voto expôs o seguinte entendimento:

Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37), que é norma especial, e não o Código Civil (LGL\2002\400) ou o **Código Penal** (LGL\1940\2), diplomas nos quais se contêm normas de caráter geral. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que através do HC 30.985/RJ, julgado pela 5ª Turma, Relatoria do Ministro Gilson Dipp, manifestou-se da seguinte forma:

CRIMINAL. HC. ECA. PACIENTE QUE ATINGIU 18 ANOS CUMPRINDO MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA. CONSIDERAÇÃO DA DATA DO ATO INFRACIONAL PRATICADO. NOVO CÓDIGO CIVIL. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I. Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à ressocialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo. Precedente do STJ.

II. A liberação obrigatória do adolescente somente deverá ocorrer quando o mesmo completar 21 anos de idade, nos termos do art. 121, § 5º, do ECA, dispositivo que não foi alterado com a entrada em vigor do Novo Código

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* 91491. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

Civil. Precedente.

III. Improcedência do argumento de falta de interesse do Estado em punir o paciente, em razão de o mesmo ter atingido 18 anos de idade.

IV. Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente.

V. Ordem denegada.¹⁷¹

Nota-se que dos julgados acima, a preponderância do caráter reeducativo e pedagógico das medidas é destacado, inclusive, a Ministra Carmen Lúcia afirma que a especialidade da matéria infantojuvenil afasta as regras previstas nos diplomas gerais, sendo peremptória ao dizer de o Código Penal não se aplica. Cumpre destacar que o referido julgado é de 2008, portanto, o entendimento era contemporâneo à súmula 338 do STJ, que reconhece a prescrição às medidas socioeducativas e será objeto de crítica mais adiante.

Retomando os argumentos acerca da existência de uma prescrição socioeducativa, destaca-se o disposto no §2º, do art. 118 e no §2º, do art. 121¹⁷², ambos do Estatuto, os quais deixam claro que as medidas não comportam prazo determinado de cumprimento, mas sim de reavaliação, a fim de que seja aferido se realmente atingiu-se sua eficácia pedagógica¹⁷³. Portanto, caso o Juiz entenda que a medida será desnecessária e inócua, pedagogicamente, poderá decidir por não aplicá-la. Além disso, as medidas poderão ser aplicadas de forma acumulada, bem como substituídas a qualquer tempo¹⁷⁴.

Nesse sentido, vale a explanação do jurista Guaracy Vianna:

Destarte, somente quando não se mostrar necessário proteger ou socioeducar pode o Estado-Juiz deixar de aplicar medidas protetivas ou socioeducativas. Constatada esse circunstância, deixa-se de impor a medida ou de executá-la. Para isso, inexiste um lapso pré-definido. É uma constatação concreta, caso a caso. Como as medidas são aplicadas levando-se em conta as necessidades pedagógicas (Art. 100 da Lei 8069/90), pode-se afirmar, como o fez o

¹⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC. 30985/RJ. 5ª T. REL.MIN. GILSON DIPP. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1059698&num_registro=200301808661&data=20040225&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁷² ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 118.

§2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o Defensor.

Art. 121.

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

¹⁷³ 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.

Art.113. Aplicam-se a este capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

¹⁷⁴ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. 99. As medidas previstas nesse capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

Art.113. Aplicam-se a este capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

ilustrado jurista público Caio Bessa Cyrino, Promotor de Justiça no Amazonas, numa conversa informal, que somente a ineficácia pedagógica pode impedir a aplicação de uma medida específica de proteção ou socioeducativa. Na verdade, opera-se uma absoluta falta de interesse processual em continuar com o processo¹⁷⁵.

Entendendo que a aptidão ao retorno ao convívio social, apurada pela equipe técnica – configurando o sucesso da finalidade socioeducativa da MSE de internação –, é suficiente para progressão da medida, o Superior Tribunal de Justiça concedeu *habeas corpus* contra decisão que impedia a progressão da medida de internação para liberdade assistida (*per saltum*, portanto, o que reforça a natureza instrumental das medidas socioeducativas). Vale reproduzir parte do voto do Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca, neste HC 8433/SP, julgado pela 5ª Turma do STJ:

Se o órgão técnico, que acompanha o menor no seu dia-a-dia, concluiu que o mesmo tinha condições de retornar ao convívio social, com base em que entendeu o julgador em contrário? O fato de o menor somente ter ficado internado por sete meses não é justificativa aceitável, pois parte de um dado que não tem respaldo fático¹⁷⁶.

Como já referido em capítulo próprio¹⁷⁷, o Sinase estruturou o procedimento de execução das medidas socioeducativas, reforçando o caráter pedagógico-educativo e ampliando os direitos e garantias dos adolescentes em conflito com a lei. Assim, o Sinase foi mais objetivo e clareou qualquer tipo de dúvidas que pudesse pairar sobre a execução de MSE.

Dessa forma, o art. 46 da referida Lei elencou as causas de extinção das medidas, nos seguintes termos:

Art. 46. A medida socioeducativa será declarada extinta:

- I – pela morte do adolescente;
- II – pela realização de sua finalidade;
- III – pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva;
- IV – pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; e

¹⁷⁵ BANDEIRA, *Op cit.* p. 229.

¹⁷⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC. 8433/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900010663&dt_publicacao=03-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=undefined>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁷⁷ Ver item 2.1.3. - SINASE

V – nas demais hipóteses previstas em lei¹⁷⁸.

Cumpra ainda destacar o disposto no §1º: “No caso de maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judicial decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente”.

Fica em evidência que comentada lei não trouxe a prescrição como forma de extinção da medida socioeducativa, mantendo os critérios já dispostos no ECA; quais sejam, o limite de 21 anos (conforme art. 121, §5º), como critério biológico¹⁷⁹, juntamente com o cumprimento da finalidade pedagógica da medida, considerando para tanto, a condição do socioeducando, através de reavaliações periódicas ou quando suscitadas pela equipe profissional, avaliando-se a necessidade e utilidade do processo socioeducativo.

Oportuno lembrar que a Lei 12594 é de 18 de janeiro de 2012, portanto, foi posterior à súmula 338 do STJ, e contemporânea a todo o debate doutrinário e jurisprudencial acerca do reconhecimento ou não da prescrição penal nas medidas socioeducativas, dessa forma, ao não trazer a prescrição como forma de extinção da MSE, o legislador deixou claro sua opção, não deixando margem a interpretações contrárias.

Arrematando sobre a questão, vale expor os elucidativos ensinamentos de Murillo José Giácomo:

A “Lei do Sinase” perdeu a oportunidade de fazer expressa menção à prescrição da pretensão socioeducativa”, embora esta já venha sendo reconhecida pelos Tribunais e seja, inclusive, objeto da Súmula n. 338, do Superior Tribunal de Justiça (que no entanto faz referência à aplicação da “*prescrição penal*” às medidas socioeducativas). A análise da matéria, no entanto, não deve se resumir à pura e simples aplicação da prescrição penal aos procedimentos para apuração de ato infracional praticados por adolescente, em razão da natureza jurídica diversa da medida socioeducativa em relação à pena, que torna também inadequada a correlação entre a quantidade (ou qualidade) de pena prevista pela Lei Penal e a medida socioeducativa a ser aplicada. Consoante já mencionado, importante não perder de vista que o prolongado decurso do tempo acarreta a *perda do caráter socioeducativo da medida*, e por força do disposto nos arts. 1º, 3º e 6º, da Lei n. 8069/90, é necessário interpretar a lei (e a própria Súmula n. 338 do STJ) sempre da forma mais benéfica ao adolescente, inclusive de modo a evitar que o mesmo receba um tratamento mais rigoroso do que receberia caso fosse imputável (sob pena, inclusive, de violação do *princípio elementar* contido no art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/2012). Dessa forma,

¹⁷⁸ Para Bianca Matos Moraes e Helane Viera Ramos, o referido inciso pretendeu remeter o intérprete àquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo do disposto nos §§ 3º e 5º do art. 121 deste diploma legal.

¹⁷⁹ AMIM, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 46-48.

os procedimentos para apuração de ato infracional devem tramitar da forma mais *célere e prioritária* possível (em observância ao disposto no art. 4º, *caput* e par. Único, alínea “b”, da Lei n. 8069/90), de modo que entre a prática do ato infracional e o início do cumprimento da medida socioeducativa (se for o caso), decorra o *menor período de tempo possível*. A demora na resposta socioeducativa faz desaparecer o caráter pedagógico da medida, acarretando a “perda da pretensão socioeducativa estatal” e autorizando a extinção e o subsequente arquivamento do procedimento independentemente do advento de qualquer prazo prescricional, porém tal solução deve ser analisada caso a caso, consideradas as normas e princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente, sem que para tanto tenha que ser invocada a Lei Penal, salvo para aplicação do já mencionado princípio, segundo o qual o adolescente não pode receber tratamento mais rigoroso do que receberia se imputável fosse¹⁸⁰.

Pelo exposto, entendemos com veemência a incompatibilidade da prescrição penal nas medidas socioeducativas, pois este instituto de Direito Penal se revela contrário aos princípios – valores nucleares¹⁸¹, violando frontalmente os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral (prioridade absoluta, proteção integral, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento), conforme todo cabedal argumentativo até aqui exposto. Ademais, o entendimento pela prescrição desonera o Estado de sua obrigação, fazendo com que este adote uma postura ainda mais leniente no cumprimento de seu dever, porquanto não se duvide que o panorama constitucional, no qual se desenhcou o sistema protetivo dos direitos da criança e do adolescente, revela-se como verdadeira política pública de realização de direitos fundamentais, cujas ações afirmativas do Estado são obrigatórias.

Embora os argumentos expostos, veremos que o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 338, pacificou o entendimento acerca da aplicação da prescrição penal às medidas socioeducativas. Entendemos como equivocada essa inteligência, a qual será objeto de fundamentada crítica, a seguir.

2.2.3 Uma Crítica à Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça e seus Precedentes

Após toda argumentação até aqui levantada, trataremos especificamente da Súmula 338¹⁸²: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”; publicada no DJ em

¹⁸⁰ DIGIÁCOMO, Murillo José. O Sinase em perguntas e respostas. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1198>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁸¹ Marcos Bandeira assim se refere aos princípios menoristas.

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 338: A PRESCRIÇÃO PENAL É APLICÁVEL NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

16/05/2007 (p. 201), assim como de alguns de seus precedentes originários, em cotejo com o que já foi argumentado.

Embora o entendimento hoje esteja sumulado, cabe ressaltar que esse nem sempre foi o entendimento daquele Tribunal Superior, conforme se extrai do RHC 7.698/MG, Relatoria do Ministro Vicente Leal, da 6ª Turma:

PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. DELITO PRATICADO POR MENORES INIMPUTÁVEIS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. LEI N.8069/90 – ECA. NATUREZA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INAPLICABILIDADE. – Na aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante a circunstância de atingir o agente a maioridade (art. 104, parágrafo único). – tratando-se de menores inimputáveis, as medidas socioeducativas previstas no art. 112 do ECA não se revestem da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito, em razão do que não se lhes aplicam as disposições previstas na lei processual penal a prescrição da pretensão punitiva. – Recurso ordinário desprovido¹⁸³.

No mesmo sentido, alguns Tribunais estaduais também mantinham o mesmo entendimento, como se depreende da Apelação 2003.100.00291, da 2ª C. Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

ECA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO MINISTERIAL – Os dispositivos constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente se referem à aplicação de medida socioeducativa, e não a crime, razão por que não são passíveis de prescrição, justamente porque não se trata de pretensão punitiva, mas sim de caráter educativo¹⁸⁴.

Sucedo que anteriormente à súmula, também havia julgados de alguns Tribunais estaduais que reconheciam a prescrição penal às medidas socioeducativas, quase sempre com o mesmo argumento (característica punitiva das medidas), alternando-se, todavia, a forma de contagem do prazo. Assim, alguns entendiam pela aplicação analógica aos atos infracionais dos prazos previstos no Código Penal para cada crime, reduzindo-os pela metade, conforme

¹⁸³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC. 7698/MG. 6ª TURMA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800391452&dt_publicacao=14-09-1998&cod_tipo_documento=&formato=undefined

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO 2003.100.00290. REL. DES. HÉLIO DE FARIAS. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200310000290>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

disciplina do art. 115 o mesmo diploma¹⁸⁵. Neste sentido foi o decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DIREITO PENAL JUVENIL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – RECURSO PREJUDICADO. Adolescentes acusados de atos infracionais (crimes ou contravenções, artigo 103 ECA) não podem ser submetidos a sistema judicial mais rigoroso do que o dos adultos, com respostas mais repressivas do que aquelas impostas aos maiores de idade. Se os crimes ou contravenções estariam prescritos para os adultos, com mais razão estarão para os adolescentes os correspondentes atos infracionais (1ª Câm. Crim., Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente 2004.024396-0, j. 21-9-2004)¹⁸⁶,

Noutro giro, há aqueles que reconheciam a prescrição, mas se utilizavam de critério distinto, valendo-se do Estatuto Menorista como parâmetro para o cálculo prescricional. Assim explica Galdino Augusto Coelho Bordallo:

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um microssistema, regulamentando de forma completa a proteção a estas pessoas em formação. Traz regras de vários ramos do Direito, só se buscando regras nos Códigos nos pontos em que o ECA for omissivo. Para o cálculo do prazo da prescrição da pretensão socioeducativa far-se-á uso do prazo máximo em abstrato de duração de uma medida socioeducativa, o prazo de 03 (três) anos determinado pelo art. 121, §3º, ECA. Combinar-se-á esta regra com a dos arts. 109, VI, e 115, ambos do CP, encontrando-se, assim o prazo de 04 (quatro) anos, que será o da prescrição da pretensão socioeducativa. A pretensão executória será calculada levando-se em conta o prazo máximo de reavaliação da medida, que é o de 6 (seis) meses, determinados pelos arts. 118, §2º, e 121, §2º, ambos do ECA. Esta regra será combinada com os arts. 109, VI, e 115 do CP e encontraremos o prazo de 01 (um) ano. Se o Estado não iniciar a execução da medida socioeducativa aplicada na sentença neste prazo, prescreverá seu direito¹⁸⁷.

Com o entendimento consolidado pela Súmula 338, então construído jurisprudencialmente pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, adotou-se o critério narrado acima, conforme exposto no entendimento de Galdino Augusto Coelho Bordallo.

Entretanto, ao analisarmos alguns precedentes que deram suporte à comentada Súmula, notamos que certos argumentos sustentados para o reconhecimento da prescrição

¹⁸⁵ CÓDIGO PENAL.

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.

¹⁸⁶ CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Op. cit., p. 1082.

¹⁸⁷ CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Op. cit., p. 1083.

penal podem ser confrontados por uma análise mais comprometida das Leis de Regência da matéria infantojuvenil. Da forma como veremos a seguir.

Assim, no **AgRg no Ag 46961/RS**, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 26/05/2004¹⁸⁸, o eminente Relator em seu voto coloca que as medidas socioeducativas “induidosamente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa parte da doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição”. Pois bem, ao mencionar que as medidas são “induidosamente protetivas”, o Ministro parece reconhecer a natureza protetiva como a maior característica das medidas, o que deveria necessariamente remeter toda sua disciplina à legislação do ECA, por ser indubitavelmente, mais protetivo que o Código Penal e qualquer de seus institutos. Em seguida, aduz que “em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal”. Entretanto, entendemos em sentido contrário, pois o cometimento do ato infracional é um indicativo relevante da imersão do adolescente em uma situação de risco, o que demanda a ação do Estado em corrigir esse desvio, e este não pode se valer do decurso do tempo para deixar de realizar seu dever constitucional.

Ainda no mesmo julgado, segue o Relator, “tendo o caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo”. Aqui, mais uma vez, é preciso entender que ao Estado é posto um dever de proteção e garantia aos direitos da criança e ao adolescente, pois foi assim que o art. 227 da Constituição¹⁸⁹ concebeu, ao estatuir que a criança, o adolescente e o jovem deverão ser colocados a salvo “de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão”, garantindo verdadeiros direitos fundamentais. Portanto, estes são imprescritíveis na medida das limitações constitucionais, e não por regras hermenêuticas.

Mais adiante, levanta-se o argumento que os adolescentes infratores sujeitam-se a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade, “às vezes, na prática, até mais gravosas que as impostas aos imputáveis. Portanto, não se pode negar que as medidas socioeducativas têm na realidade uma certa conotação repressiva”. *Data venia*, se fôssemos considerar no Brasil que a realidade devesse derogar a Lei, estaríamos numa verdadeira

¹⁸⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 338. PRECEDENTES ORIGINÁRIOS. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula adj1 '338'\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula+adj1+'338').sub.#TIT1TEMA0)

¹⁸⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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.

anomia. Reconhecemos, por evidente, que muitas instituições socioeducativas no Brasil equiparam-se ou, até mesmo, superam as perversidades do sistema prisional.

Entretanto, o caminho a se buscar para afastar a convivência do adolescente a estes ambientes perniciosos, que em nada o educarão, estão nas Leis de Regência dos direitos menoristas, da seguinte forma: I - primeiramente deve-se argumentar acerca da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que qualquer medida privativa de liberdade deve observar, consoante previsão constitucional¹⁹⁰; II - além disso, na aplicação da medida socioeducativo devem ser observadas as necessidades pedagógicas, visando-se o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, de acordo com o disposto no art. 100¹⁹¹, e, ainda, observados os princípios do parágrafo único do mesmo artigo, no qual se encontram inúmeros direitos que vedam a forma indigna como os socioeducandos são tratados; III - outrossim, deve-se suscitar o disposto no art. 35, I, do Sinase¹⁹², que veda tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto, assim como nos incisos IV, VI, VII e IX.

Isto posto, no caso de descumprimento dessa garantias, deve-se requerer a adoção de alguma outra medida protetiva mais adequada ou, até mesmo, a própria extinção da MSE, considerando que seus fins pedagógicos não estão sendo realizados.

Portanto, não podemos enfraquecer a aplicação das Leis de Regência, mas sim reconhecê-las como legítimo instrumento garantidor dos direitos infantojuvenis. Não se quer dizer com isso, que devemos fechar os olhos com a realidade aviltante que ocorre dentro instituições socioeducativas, ao revés, devemos buscar solucioná-las caso a caso, sempre atentos ao melhor interesse do socioeducando.

Analisando-se mais um julgado, **REsp 489188/SC**, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta Turma, julgado em 26/08/2003¹⁹³, os argumentos seguiram a linha da ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nestes termos: “o decurso do tempo foi tamanho , que

¹⁹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
Art. 227.

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

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

¹⁹¹ 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.

Obs.: Deve-se atentar para o art.113 do mesmo diploma, o qual nos remete ao presente artigo.

¹⁹² LEI 12594. SINASE.

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

¹⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 489188/SC. REL. MINISTRO GILSON DIPP. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula adj1 '338'\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'338').sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 18 mar. 2014.

retirou, da medida, sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no código penal”. A argumentação acerca da perda da pretensão reeducativa da MSE é prevista em suas Leis de Regência, tanto no art. 100 do Estatuto, quanto no art. 46 do Sinase; reforçamos, entretanto, que esta aferição deve ser feita durante o procedimento socioeducativo, pois o adolescente pode carregar outras necessidades que demandarão uma ação estatal.

Após a consolidação da Súmula 338 do STJ, a maioria dos Tribunais estaduais alinhou-se no mesmo entendimento, impedindo a análise casuística de alguns adolescentes, que embora estivessem em situação de perigo, ficaram impedidos de se valer da proteção do Estado.

Sucedendo de um estudo mais acurada do Estatuto, extrai-se que esse entendimento se coloca como um entrave à realização dos direitos fundamentais dos adolescentes. Nesse sentido, devemos analisar o disposto no art. 113 do Estatuto, o qual está inserido no Capítulo IV, “DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS”, e tem a seguinte redação: “aplica-se a este Capítulo o disposto nos artigos 99 e 100”.

Os referidos artigos pertencem ao Capítulo II, “DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO”, e estão insertos no Título II, “DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO”. A essas medidas, o ECA deu a seguinte definição:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III – **em razão de sua conduta**

Pois bem, da leitura do *caput* do referido artigo, temos que as medidas de proteção serão sempre aplicadas às crianças e adolescentes que se encontrarem em situação de violação ou ameaça a seus direitos. Na sequência, o inciso III é direto em reconhecer que “em razão de sua conduta” ao adolescente deverá ser aplicada a medida de proteção. Ora, a medida socioeducativa é a consequência de um ato infracional, e este, a seu turno, é a qualificação de uma conduta. Istoposto, não nos resta dúvida que o legislador, ao fazer referência às medidas específicas de proteção, no Capítulo das medidas socioeducativas, presumiu que o adolescente, ao cometer um ato ilícito, encontra-se em situação de risco e, por isso, impôs a adoção das medidas de proteção.

Com isso, o reconhecimento da prescrição penal impede que aparelho educador do Estado tome ciência da condição de violação de direitos, a qual adolescente está inserido. Por

essa razão, conforme já suscitado, as Leis de regência não previram o instituo penalista em suas regulamentações.

Assim também entende Mário Ramidoff, ao concluir que:

Isto é, não se pode reduzir a análise judicial da manutenção ou não das medidas judiciais aplicadas – específica de proteção e ou socioeducativa – a aspecto meramente procedimental, valorizando-se, assim, apenas a fórmula (o aspecto formal e processual), em detrimento mesmo da substancialidade (o aspecto essencial humano) que pode muito bem proporcionar processos de subjetivação (emancipação, enquanto melhoria de vida individual e coletiva) destinados ao adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional¹⁹⁴.

Além disso, convive no egrégio Superior Tribunal de Justiça a Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, cujo caráter restritivo é patente. De sorte que ocorre uma limitação dos fluxos recursais que ocorrem naquele Tribunal, servindo como “filtro” normativo das questões suscitadas através dos recursos especiais¹⁹⁵.

Em relação às limitações operadas pela citada Súmula, Ramidoff se vale do seguinte entendimento: “*Impedem, por assim dizer, a própria admissão do conhecimento de recursos especiais quando se busca rediscutir questões relacionadas à (re)construção – modificação – das circunstâncias ou condições fáticas, haja vista que não se admite o “reexame de prova”*”¹⁹⁶.

Fica evidente que os mesmos efeitos impeditivos da pretensão de reexame probatório do enunciado da Súmula 7 do STJ ocorrerão, com certa medida, em relação à Súmula 338, visto que sua declaração, quando adotada de plano pelos Tribunais e Juizes de 1º (primeiro) Grau de Jurisdição, afastam a apreciação da demanda levada a juízo. Com isso, o Juiz da Infância e da Juventude, que é a autoridade competente para conduzir todo o procedimento infantojuvenil, e não somente em relação ao ato infracional e as medidas socioeducativas, conforme dispõe o Estatuto¹⁹⁷, ficará impossibilitado de identificar uma possível situação de risco na qual o adolescente se encontre, inviabilizando-se, assim, a adoção de alguma medida de proteção específica, já que não ocorrerá a análise da matéria relacionada ao suporte fático-jurídico ou probatório¹⁹⁸.

¹⁹⁴ RAMIDOFF, *Op. cit.*, p.114.

¹⁹⁵ RAMIDOFF, *Op. cit.*, p. 113.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Art. A autoridade competente a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária Local

¹⁹⁸ Termo utilizado por Mário Luiz Ramidoff.

O Estatuto não fraciona ou hierarquiza os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes¹⁹⁹, ele apenas instrumentaliza de formas distintas a garantia de seu exercício. Nesse sentido também são as medidas socioeducativas que não se apartam da missão de garantia dos direitos desses indivíduos em condição especial de desenvolvimento.

Entendemos, com isso, que a Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, ao impedir que o Estado se aproxime do adolescente e perceba suas necessidades, coloca-se como um verdadeiro empecilho à realização das políticas públicas de proteção às crianças e adolescentes, negando a realização do projeto constitucional.

Além disso, a fórmula adotado pela Súmula, em que pese seus argumentos garantistas, na verdade considerou a mais grave na medida aplicada (internação²⁰⁰), em seu limite máximo (três anos²⁰¹), como critério abstrato para a contagem do prazo de qualquer ato infracional. Ainda, uma medida cujo caráter é excepcional, e, conforme determina o art. 122 do Estatuto²⁰², taxativa, cingindo-se a determinadas situações. Quer dizer, o mesmo prazo será considerado, tanto para um ato infracional análogo à injúria, quanto a um ato infracional análogo ao Homicídio. Trata-se de uma construção que se avulta inconstitucional por ferir o princípio da igualdade elencado no artigo 5º da Constituição Federal²⁰³, em sua busca pela igualdade material, como leciona Pedro Lenza:

“Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, *Oração aos moços*, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades²⁰⁴”.

¹⁹⁹ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 3º A criança e a adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

²⁰⁰ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

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

²⁰¹ § Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

²⁰² Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

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

II – por reiteração no cometimento de outras infrações ;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente aplicada.

²⁰³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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

²⁰⁴ LENZA, Pedro. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

Por derradeiro, entendemos que, com a Lei 12594/12, a vontade do legislador em reconhecer a autonomia do Direito Infracional ficou evidente, afastando muitas dúvidas que à época da edição da Súmula 338 ainda existiam. Além disso, como citado linhas acima, a referida lei foi antecedida por profundos debates, os quais ocorreram simultaneamente aos enfrentamentos da doutrina sobre o reconhecimento ou não da prescrição penal a medidas socioeducativas; o que nos faz presumir, que caso o Sinase pretendesse reconhecer a prescrição penal, assim o teria feito.

Pelo exposto, concordamos com o posicionamento de Mário Ramidoff ao propor o cancelamento da Súmula 338, “haja vista que se encontra em confronto legal (estatutário) e constitucional aos ditames e orientações da Doutrina da Proteção Integral, enquanto direitos humanos afetos especificamente à criança e ao adolescente²⁰⁵”, ou ainda, conforme o mesmo autor, caso não seja cancelada, que se altere sua redação, nos seguintes termos: “a extinção da medida socioeducativa deverá ser declarada sempre que se afigure a medida mais vantajosa ao adolescente independentemente de prazo ou período de cumprimento²⁰⁶”.

²⁰⁵RAMIDOFF, *Op. cit.*, p.115.

²⁰⁶RAMIDOFF, *Op. cit.*, p.116.

CONCLUSÃO

De acordo com todas as pesquisas feitas para a realização desta monografia, foi possível chegar a algumas considerações sobre o tema em questão:

Analisando toda a questão da (in) aplicabilidade da prescrição penal às medidas socioeducativas, valendo-se de argumentos históricos, doutrinários e legais, não me resta dúvida de que seu reconhecimento é inapropriado juridicamente e, com maior relevo, socialmente.

No período de setembro de 2012 a agosto de 2013, tive a oportunidade de estagiar no Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e, por escolha própria, fui lotado na 2ª Promotoria de Execução de Medidas Socioeducativas da Capital. Naquela ocasião tive a oportunidade de manusear todos os processos relativos à execução das medidas socioeducativas que se realizavam na Capital. Naquela ocasião pude perceber mais detidamente a realidade da população infantojuvenil que se encontrava em cumprimento de MSE. Num primeiro momento, chamou-me a atenção a disparidade entre o real e o fictício, que é diuturnamente noticiado pelas corporações midiáticas e concebido como verdadeiro pela esmagadora maioria da sociedade.

Embora a violência fosse uma realidade constante nos relatos de vida daqueles meninos, alguns casos saltavam-me aos olhos e ultrapassam o limite do que se poderia conceber até mesmo para “eles”. Em razão disso, por diversas ocasiões eu me questionava se, caso estivesse em situação semelhante, agiria de forma diversa; na maioria das vezes, concluía que não, porque não me considero excepcional, e somente excepcionais conseguiriam absorver tamanha violência e não reproduzi-la. Além disso, sempre concluí que minha formação moral foi fruto de minhas experiências (meu convívio familiar e comunitário) e, portanto, também assim percebo aos outros, e os considero resultante do meio em que vivem (ainda que hoje isso pareça uma conclusão do mais humilde dos Franciscanos).

O perfil dos meninos e meninas que cumprem medidas socioeducativas, posso afirmar seguramente, é em sua grande maioria o mesmo: seu histórico de família, sua condição social, sua cor, seu domicílio e os atos infracionais cometidos. Nitidamente, vislumbra-se uma cadeia que se sucede por gerações, tudo isso “por debaixo das barbas do Estado”. Os atos infracionais cometidos respondiam em sua esmagadora maioria a dois análogos penais, quais sejam, “tráfico de drogas” e furto; cumpre esclarecer que as aspas valem para ressaltar que,

em alguns casos, a quantidade apreendida era ínfima, mas que confrontada com o perfil do adolescente, era tratada como um carregamento.

Essa minha experiência pode ser, em certa medida, ratificada através de alguns dados expostos na obra de Vanilda Paiva e José Trajano Sento-Sé²⁰⁷. Nesta obra surgem alguns dados estatísticos consolidados do ano de 2004, embora passados 10 (dez) anos, a tendência continua a mesma, pois os problemas também os são. Os dados são relativos a 1.500 adolescentes em cumprimento de medida, em semiliberdade ou liberdade assistida e adolescentes em situação de risco social.

No exame do cometimento de atos infracionais, as infrações foram divididas nas categorias de crimes contra o patrimônio, crimes contra a pessoa, crimes envolvendo o uso de entorpecentes (em geral tráfico e/ou uso de drogas) e outros²⁰⁸. Assim, 46% dos casos analisados são referentes a entorpecentes, 19% de crimes contra o patrimônio, 9% de crimes contra a pessoa e 26% outros crimes. Ocorre, ainda, que desse grupo, 64,5% são usuários de drogas. O autor ainda ressalta que 50% dos adolescentes são reincidentes.

Aproveitando o ensejo, vale reproduzir os números referentes à educação, neste quesito, vemos que o grau de escolaridade é baixíssimo: 40,2% com escolaridade até a 4ª série do ensino fundamental. Outros 50% se encontravam no segundo segmento do ensino fundamental²⁰⁹.

Impressiona o que as estatísticas nos mostram, passados 10 anos, e o que eu pude apurar quando do meu estágio forense. Isso indica que o sistema está sendo operado de forma inadequada, muita vez porque alguns de seus operadores não acreditam nele, deixam-se viciar pelo discurso do ódio, esquecendo-se de perceber o que há por de trás dos números; sim, ali são pessoas, crianças e adolescentes necessitando de ajuda. Ressalte-se que não são favores o que eles estão pedindo, mas sim seus direitos.

Trata-se de um problema social histórico e reconhecido, mas nunca assumido. Somente através de uma política pública comprometida com seus fins, é que poderemos começar a vislumbrar alguma mudança. Para tanto, o sistema protetivo, como um todo, previu para seu efetivo funcionamento o engajamento de todos os atores sociais, não por menos, a Constituição clamou a todos no zelo pelos direitos da criança e do adolescente. Nessa

²⁰⁷ PAIVA, Vanilda, SENTO-SÉ, João Trajano. JUVENTUDE EM CONFLITO COM A LEI. Rio de Janeiro, Editora Garamond, 2008. Esses dados são relativos ao período de dois anos que se iniciou em setembro de 2003, e se referem a adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas dos Centros de Recursos Integrados de Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei (CRIAM), p. 46.

²⁰⁸ PAIVA, *et. al. Op. cit.*, p. 47.

²⁰⁹ PAIVA, *et. al. Op. cit.*, p. 41.

perspectiva também foi pensado o Direito Socioeducativo, o qual visa recuperar toda uma história de abandono e de malfadadas políticas públicas.

Admitir que um adolescente não deve ser ressocializado, por conta de um entendimento jurisprudencial, sem ao menos tentar compreender a que tipo de situação ele está exposto, sob o argumento que isso lhe garante a liberdade, é inadmissível se considerarmos a realidade da nossa juventude; é fechar os olhos para a verdade e se esconder atrás de alegações jurídicas. Não existe liberdade sem dignidade, não existe liberdade sem respeito. O Estado tem o dever de municiar o adolescente com o mínimo necessário para uma vida digna, somente assim será legítimo que o cobre mais a frente acerca de possíveis desvios de conduta.

É sabido que o perfil dos adolescentes infratores é muito semelhante ao dos aprisionados pelo sistema penal, trata-se de uma fila, um caminho cujo percurso é conhecido e desgraçado. Esses meninos têm quase sempre apenas dois caminhos a trilhar: o sistema prisional ou as estatísticas de morte por PAF (perfuração por arma de fogo).

Dessa forma, o não reconhecimento da prescrição penal nas medidas socioeducativas é mais uma chance de efetivar as políticas de proteção da criança e do adolescente, até porque, temos que considerar que o período de aplicação do ECA já é curto, portanto, não merece ser mitigado.

Ademais, esses jovens já convivem com o Direito Penal desde a mais tenra idade, pois a grande maioria provém de famílias pobres e já tiveram a experiência de algum parente próximo – pai, mãe ou irmão – apanhado pelo sistema; já conhecem os vícios do cárcere e a violência do Estado-policial. A última coisa que eles necessitam é de mais direito penal, ainda que sob o manto de uma suposta garantia.

Não acredito que aqueles que reconhecem a prescrição penal nas medidas socioeducativas o fazem por se preocuparem com a condição dos adolescentes, mas penso que assim o fazem porquanto, ainda que de forma inconsciente, já estão encardidos com a ideia de que aqueles serão os futuros clientes do sistema prisional.

Esses meninos e meninas não necessitam de direito penal, mas sim de Constituição e de ECA, esta lei foi feita para eles, e isso não lhes se pode negar. Ademais, com a chegada do Sinase, ficou ainda mais evidente a carga pedagógica das medidas socioeducativas, não sendo permitido à jurisprudência sua negativa. Nesse sentido, vale a passagem de Flávio Américo Frasseto:

As leis, dizem, envelhecem, mas a jurisprudência é sempre atual. Este ditado se vale como regra, encontra exceção na órbita da infância e da juventude. Aqui podemos dizer, a lei é nova, mas a jurisprudência, envelhecida, fonte de resistência à modernização do pensamento. Isto porque o Estatuto da Criança e do Adolescente não veio simplesmente ratificar uma situação de fato já consolidada na realidade cotidiana ou nas decisões dos Tribunais. Ele se impôs, no dizer de Edson Sêda, como matriz alternativa do imaginário e de práticas sociais, incorporando preceitos efetivamente modificadores de hábitos, usos e costumes até então vigentes no trato com a criança e com o adolescente²¹⁰.

Por derradeiro, valho-me das lições do jurista Juarez Tavares, que, em palestra sobre a maioria penal, ministrada no auditório do Superior Tribunal de Justiça, ao ser indagado sobre a redução da maioria penal, sintetizou todo pensamento que até aqui minhas argumentações pretenderam fundamentar.

“Para menores infratores, sugiro mais assistência, mais educação, mais recuperação, mais estatuto e menos Código Penal”.

²¹⁰ FRASSETO, Flávio Américo, ATO INFRACIONAL, MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E PROCESSO: A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*/vol.33/p. 177/jan. 2001/ Doutrinas Essenciais de Direito Penal/vol.7/p.697/out/2010/ DTR\2001\6

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Ato Infracional – ambivalências e contradições no seu controle. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

AMIN, Andrea Rodrigue; SANTOS, Ângela Maria Silveira dos; MORAES, Bianca Mota de; CANTO CONDACK, Cláudia; COELHO BORDALLO, Galdino Augusto; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de; RAMOS, Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BANDEIRA, Marcos. ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – Uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Editora UESC. Ilhéus-Bahia. 2006. Disponível em: <<http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>>.

Acesso em:

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. Direito da Criança e do Adolescente – Proteção, Punição e Garantismo. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

BARBOSA, Hélia. A ARTE DE INTERPRETAR O PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Revista de Direito da Infância e da Juventude/vol. 1/2013/p.17/jan/2013/DTR\2013\6432.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 165 de 16 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/22251-resolucao-n-165-de-16-de-novembro-de-2012>>. Acesso em:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

COSTA, Ana Paula Motta. EXECUÇÃO SOCIOEDUCATIVA E A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 12.594/2012. **Revista de Estudos Criminais** 51 – Outubro/Dezembro 2013 – Doutrina Nacional. Pág. 62/82.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) - LEI 8069/1990.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO. Comentários jurídicos e sociais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES, Geórgia Bajer; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. PRESCRIÇÃO PENAL ASPECTOS CLÁSSICOS. INOVAÇÕES TRAZIDAS POR LEIS EXTRAVAGANTES. HIPÓTESES E CIRCUNSTÂNCIAS POUCO ANALISADAS PELA DOGMÁTICA E PELA JURISPRUDÊNCIA. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo/vol. 1/ p. 56/ jan. 1998 DTR\1998\92.

FERRADIN, Mauro. Ato Penal Juvenil – Aplicabilidade dos Princípios e garantias do Ato Penal. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FOHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. PRESCRIÇÃO PENAL – APONTAMENTOS. Revista dos Tribunais. V. 640. P. 267. Fev/1989. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Vol. 4. P. 1035. Out/2010 DTR\1989\195.

FRASSETO, Flávio Américo. ATO INFRACIONAL, MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E PROCESSO: A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista Brasileira de Ciências Criminais/vol.33/p. 177/ 2001/ Doutrinas Essenciais de Direito Penal/vol. 7/p. 697/out. 2010/DTR\2001\6.

GRECO, Rogério Greco. Curso de Direito Penal – Parte Geral.10ª Edição. Impetus, 2008.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva,2011.

Mais de 181.000 Leis e 500.000 presos... Consegue ver?. **Artigo**. Disponível em: <<http://thiagosabioni.jusbrasil.com.br/artigos/112077334/mais-de-181000-leis-e-500000-presos-consegue-ver>>. Acesso em:

MELLO DE MIRANDA, Bruna. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO ESPECIFICIDADE: UMA DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PENAL. **Revista de Direito da Infância e da Juventude** / vol. 2/2013/p.203/jul/2013/DTR\2013\12544.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINOTI, Antonio Jurandir. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. *Revista dos Tribunais*/vol. 759/p. 474/jan/1999/DTR\1999\114.

RAMIDOFF, Mário Luiz. LIÇÕES DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Ato Infracional e Medidas Socioeducativas. 3ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

_____. Súmula 338, do Superior Tribunal de Justiça: Reflexões. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=415>>. Acesso em:

SANCHES CUNHA, Rogério. Manual de Direito Penal – Parte Geral. Editora JusPODIVM, 2013.

SANTO-SÉ, João Trajano; PAIVA, Vanilda. JUVENTUDE E, CONFLITO COM A LEI. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2007.

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE) - LEI 12.594/2012.

Súmula reconhece corrupção de menores como crime formal. **Artigo Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-28/sumula-500-reconhece-corrupcao-menores-crime-formal>>. Acesso em:

TAVARES, Juarez. Menores infratores merecem mais ECA e menos Código Penal. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112221950/ciclo-de-palestras-stj-25-anos-juarez-tavares-ministra-conferencia-sobre-maioridade-penal>>. Acesso em: 14 mar. 2014.