

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

RAFAEL BARROS BERNARDES DA SILVEIRA

**DIREITO PENAL JUVENIL: bases para a conformação constitucional do modelo de
aplicação e execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade**

Belo Horizonte
2023

Rafael Barros Bernardes da Silveira

DIREITO PENAL JUVENIL: bases para a conformação constitucional do modelo de aplicação e execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt

Belo Horizonte
2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

S587d Silveira, Rafael Barros Bernardes da
Direito penal juvenil [manuscrito]: bases para a conformação constitucional do modelo de aplicação e execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade / Rafael Barros Bernardes da Silveira. - 2023.
226 f.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 217-226.

1. Direito penal - Teses. 2. Correção juvenil - Teses. 3. Pena (Direito) - Teses. I. Brodt, Luís Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.915



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO

RAFAEL BARROS BERNARDES DA SILVEIRA

Realizou-se, no dia 28 de agosto de 2023, às 14:00 horas, Sala da Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *DIREITO PENAL JUVENIL: bases para a conformação constitucional do modelo de aplicação e execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade*, apresentada por RAFAEL BARROS BERNARDES DA SILVEIRA, número de registro 2019652824, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt - Orientador (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG), Prof(a). TULIO LIMA VIANNA (UFMG), Prof(a). Hamilton Gonçalves Ferraz (Universidade Federal Fluminense), Prof(a). Karyna Batista Sposato (Universidade Federal de Sergipe).

A Comissão considerou a tese:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota ___100 (cem)_____.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2023.

Luis Augusto Sanzo
Brodt:58041397034

Assinado de forma digital por Luis
Augusto Sanzo Brodt:58041397034
Dados: 2023.08.28 23:25:23 -03'00'

Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Doutor) nota 100(cem)

Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor) Nota:

Prof(a). Tulio Lima Vianna (Doutor) Nota:

Prof(a). Hamilton Gonçalves Ferraz (Doutor) Nota:



Documento assinado digitalmente
KARYNA BATISTA SPOSATO
Data: 31/08/2023 15:30:00-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>



Documento assinado digitalmente
HAMILTON GONCALVES FERRAZ
Data: 31/08/2023 17:37:00-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Karyna Batista Sposato (Doutora) Nota:

RESUMO

O presente trabalho evidencia a necessidade de realização de uma reforma no modelo socioeducativo brasileiro diante da verificação de sua incompatibilidade com postulados de limitação do exercício punitivo estatal extraídos de dispositivos constitucionais. Três pontos recebem especial atenção: a) a dinâmica de aplicação das medidas privativas de liberdade – da qual se quer destacar a existência na legislação de critérios imprecisos e que definem a realização de uma avaliação de características pessoais do adolescente como elemento central para a definição da reprimenda a ser aplicada; b) a dinâmica de execução das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade – realizada por prazo indeterminado, a partir de uma sistemática que condiciona o restabelecimento da liberdade do adolescente ao alcance de objetivos de moralização que lhe são impostos forçosamente; c) a natureza jurídica das reprimendas e os objetivos normativamente previstos para elas – a atribuição das finalidades punitiva e pedagógica servem, respectivamente, à justificação de discursos a favor da perpetuação prolongada da reprimenda, sob o pretexto de que ela representa um bem para o socioeducando, e do aumento no rigor das condições de encarceramento como forma de efetivar o viés aflagante da reprimenda. Para além de identificar em que medida tais características são incompatíveis com o paradigma constitucional vigente, ao final, propõem-se soluções para equacionar as inconsistências do modelo em questão ou ao menos mitigá-las. As reformas propostas contemplam a definição de critérios ligados exclusivamente à conduta para a definição da medida a ser aplicada no caso concreto, a proposição de prazos determinados para o cumprimento da privação de liberdade (mantida a possibilidade de desligamento a qualquer momento), com o abandono do modelo de reavaliações periódicas, e da ressignificação das dimensões punitiva e pedagógica das medidas, de forma a impedir que elas sirvam à justificação da manutenção arbitrária da detenção juvenil e da moralização imposta pelo Estado.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil; sistema socioeducativo; privação de liberdade do adolescente.

ABSTRACT

This study highlights the need for a reform in the Brazilian socio-educational model, given the verification of its incompatibility with postulates of limitation to the state's punitive exercise extracted from constitutional provisions. Three points receive special attention: a) The dynamics of application of juvenile detention – which highlights the existence of imprecise criteria in the legislation, that defines the adolescent's personal characteristics as a central element for the definition of the reprimand to be applied; b) The dynamics of juvenile incarceration serving – carried out for an indefinite period, based on a system that conditions the restoration of the adolescent's freedom to the achievement of moralizing objectives that are forcibly imposed on it; c) The legal nature of reprimands and its objectives - the attribution of punitive and pedagogical objectives serve, respectively, to justify speeches in favor of the prolonged perpetuation of the reprimand, under the pretext that it represents an asset for the adolescent, and the increase in the rigor of incarceration conditions as a way of effecting the distressing bias of reprimand. In addition to identifying to what extent such characteristics are incompatible with the current constitutional paradigm, at the end, solutions are proposed to equate the inconsistencies of the model in question or at least mitigate them. The proposed reforms contemplate the definition of criteria linked exclusively to the adolescent's conduct for the definition of the measure to be applied in the concrete case, the proposition of determined deadlines for the fulfillment of the incarceration (maintaining the possibility of dismissal at any time) with the abandonment of the model of periodic reassessments, and the redefinition of the punitive and pedagogical dimensions of the measures, in order to prevent them from serving as justification for the arbitrary maintenance of juvenile detention and state imposed moralization.

Keywords: Juvenile Criminal Law; juvenile correctional system; deprivation of liberty of adolescents.

RESUMEN

El presente trabajo destaca la necesidad de llevar a cabo una reforma en el modelo socioeducativo brasileño, dada la verificación de su incompatibilidad con los postulados de limitación del ejercicio punitivo del Estado extraídos de disposiciones constitucionales. Tres puntos reciben especial atención: a) La dinámica de aplicación de las medidas privativas de libertad – que destaca la existencia de criterios imprecisos en la legislación, que definen la realización de una valoración de las características personales del adolescente como elemento central para la definición de la medida a ser aplicada; b) La dinámica de ejecución de las medidas socioeducativas de privación de libertad – realizadas por tiempo indefinido, a partir de un sistema que condiciona el restablecimiento de la libertad de los adolescentes al logro de objetivos moralizadores que les son impuestos forzosamente; c) La naturaleza jurídica de las medidas y los fines previstos normativamente para las mismas -la atribución de finalidades punitivas y pedagógicas sirven, respectivamente, para justificar discursos a favor de la perpetuación prolongada de la privación de libertad, bajo el pretexto de que ella representa un bien para el adolescente, y el aumento del rigor de las condiciones carcelarias como forma de efectuar el carácter punitivo de la medida. Además de identificar en qué medida tales características son incompatibles con el paradigma constitucional vigente, al final se proponen soluciones para resolver las inconsistencias del modelo en cuestión o al menos atenuarlas. Las reformas propuestas contemplan la definición de criterios vinculados exclusivamente a la conducta para la definición de la medida a aplicar en el caso concreto, la proposición de plazos determinados para el cumplimiento de la privación de libertad (manteniendo la posibilidad de cierre de la medida en cualquier momento) con el abandono del modelo de reevaluaciones periódicas, y la redefinición de las dimensiones punitivas y pedagógicas de las medidas, a fin de evitar que sirvan de justificación para el mantenimiento arbitrario de la detención juvenil y la moralización impuesta por el Estado.

Palabras clave: Derecho Penal Juvenil; sistema socioeducativo; privación de la libertad de los adolescentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL	15
1.1 Postulados inafastáveis de limitação do <i>ius puniendi</i>	15
1.1.1 Princípio da legalidade	25
1.1.2 Princípio da consequencialidade	27
1.1.3 Princípio da materialidade	29
1.1.4 Princípio da culpabilidade.....	31
1.1.5 Princípio da humanidade	33
1.1.6 Considerações finais do tópico	35
1.2 A justificação para a imposição da privação de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
1.2.1 Finalidades da pena: breves considerações.....	38
1.2.2 Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro	40
1.3 Unidade do poder de punir: considerações elementares.....	63
2 O MODELO PENAL JUVENIL BRASILEIRO.....	67
2.1 Síntese da sistemática atual - formatação teórica, aplicação e execução das medidas socioeducativas.....	68
2.2 Fundamentos e princípios reitores do modelo de privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei: brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.....	78
2.2.1 Condição peculiar de desenvolvimento e autodeterminação moral do adolescente	86
2.3 Natureza punitivo-pedagógica das medidas socioeducativas: sinalizações para o reconhecimento do caráter penal do modelo infracional.....	88
2.4 Consequências do reconhecimento do modelo socioeducativo brasileiro como manifestação do Direito Penal Juvenil.....	93
2.5 Considerações sobre a culpabilidade do adolescente em conflito com a lei	102
2.6 Impasses e contradições do modelo penal juvenil brasileiro: uma tentativa de solução por meio da aplicação dos princípios de limitação do <i>ius puniendi</i> estatal ao modelo socioeducativo	112
2.6.1 A aplicação da medida socioeducativa e o Direito Penal de Autor	113

2.6.2 <i>Indeterminação das reprimendas socioeducativas e o princípio da legalidade</i>	116
2.6.3 <i>A execução da medida socioeducativa e o exercício de moralização</i>	117
2.6.4 <i>Natureza punitivo-pedagógica da medida socioeducativa: entre o rigor e ressocialização forçada</i>	121
2.6.5 <i>Finalidades das medidas socioeducativas e sua compatibilização com o modelo justificacionista constitucional brasileiro</i>	127
3 DIRETRIZES PARA A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DO MODELO PENAL JUVENIL BRASILEIRO	130
3.1 <i>Perspectivas de direito comparado</i>	130
3.2 <i>Diplomas internacionais sobre Direito Penal Juvenil e sua influência sobre o modelo brasileiro</i>	147
3.3 <i>Considerações extraídas do estudo comparado</i>	154
3.4 <i>Propostas de reformulação</i>	157
3.4.1 <i>A delimitação de critérios ligados exclusivamente à conduta para a definição da reprimenda socioeducativa</i>	158
3.4.2 <i>Medida por prazo determinado e parametrização para o quantum de sancionamento</i>	172
3.4.3 <i>Dinâmica de execução da medida socioeducativa: a obrigação do Estado de oferecer oportunidades ao jovem conciliada à vedação de submetê-lo a uma transformação interna impositiva</i>	180
3.4.4 <i>Reajuste do conteúdo das dimensões punitiva e pedagógica da medida socioeducativa: redirecionamento do modelo de justificação do Direito Penal Juvenil</i>	181
3.4.5 <i>Desligamento antecipado da privação de liberdade</i>	182
3.5 <i>Panorama concreto das reformas em debate e redirecionamento das propostas</i>	186
CONCLUSÕES	210
REFERÊNCIAS	217

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de pesquisa o modelo de imposição e execução da privação de liberdade juvenil adotado no Brasil. A Constituição de 1988 definiu que o público adolescente goza de um *status* superior perante o Estado e a sociedade, de absoluta prioridade com relação à proteção dos seus direitos fundamentais. Por consequência, a própria Constituição está a indicar, ao prever a importância prioritária do adolescente, que as discussões em torno de tal público têm especial relevância.

A análise da realidade concreta do sistema de privação de liberdade juvenil evidencia a existência de um cenário altamente crítico e problemático, em especial, no que tange ao panorama de superlotação das unidades,¹ às condições estruturais extremamente precárias,² ao histórico de violação de direitos fundamentais dos socioeducandos detidos e ao vertiginoso crescimento dos níveis de encarceramento juvenil nos últimos anos.³ O grave cenário está a exigir um enfrentamento imediato.

O presente trabalho se apresenta, portanto, dentro desse escopo. Embora a pesquisa não se dedique a discutir detidamente o quadro concreto do sistema de privação de liberdade juvenil (pois se concentra em promover numa discussão normativa sobre o modelo), a referida problemática é também referenciada, com o propósito de dar mais visibilidade à questão. Ademais, as mudanças que se propõem no campo normativo podem também vir a contribuir para a minoração das severas contradições detectadas.

O cenário de proposições legislativas em discussão no Congresso Nacional sobre a privação de liberdade juvenil também é levado em conta na seleção do assunto deste trabalho. Embora a realidade detectada pela pesquisa empírica indique a necessidade de aprimoramento do modelo em vigor, em busca da efetivação das garantias fundamentais do público adolescente, acumulam-se projetos legislativos na contramão de tal perspectiva, pretendendo promover o avigoramento punitivo e o incremento na privação de direitos – sobretudo por meio da redução da maioria penal ou da dilatação do prazo para cumprimento das medidas de internação e semiliberdade.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012

² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p.12.

³ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: Reflexões e Perspectivas. **Boletim do IBCCRIM**, v. 28, p. 9-12, 2020.

Este estudo, ao propor a realização de modificações no modelo em vigor, quer se afastar de tal paradigma punitivista, redirecionando a reforma a ser implementada no modelo punitivo juvenil para o rumo adequado, isto é, sua conformação ao paradigma constitucional brasileiro.

Diante do exposto, são apresentadas características do modelo em vigor, relativas à formatação do modelo punitivo brasileiro, que são incompatíveis com previsões da Constituição Republicana de 1988. Examina-se a sistemática de aplicação e execução das medidas socioeducativas, nos termos disciplinados pela Constituição de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90 –, e pela Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Lei do Sinase) – Lei nº 12.594/2012.

O trabalho se debruça especialmente sobre dois pontos: 1) a dinâmica de aplicação e execução das medidas socioeducativas, em especial a internação e a semiliberdade; e 2) a natureza jurídica das reprimendas e os objetivos normativamente previstos para elas. Do exame de tais características, constata-se que o modelo de imposição de reprimendas ao adolescente em conflito com a lei manifesta grande indeterminação no que se refere à definição de critérios para a escolha da medida a ser aplicada. Ademais, evidencia-se a possibilidade de imposição da privação da liberdade em razão de características do adolescente – notadamente, condições socioeconômicas e familiares. Sobre a dinâmica de execução das reprimendas, chega-se à percepção de uso de um modelo de moralização forçada. Por fim, a afirmação de uma dupla dimensão das reprimendas socioeducativas (punitivo-pedagógica), notadamente as privativas de liberdade, revela a existência de discursos, ao mesmo tempo, a favor do avigramento punitivo com o público adolescente e da realização de um tratamento tutelar, que nega ao jovem o *status* de sujeito de direito. Busca-se apresentar objeções a tais pontos, entendendo que se mostram incompatíveis com os princípios reitores do modelo socioeducativo, bem como com os postulados fundamentais de limitação do exercício estatal do *ius puniendi*, de ordem constitucional.

O capítulo introdutório deste estudo cuida da discussão sobre a temática do poder punitivo estatal. Seu tópico inaugural trata dos princípios penais constitucionais – ou dos postulados fundamentais de limitação do poder punitivo. A investigação realizada indica a existência de características essenciais do modelo punitivo – notadamente, quanto à sistemática de aplicação e de execução da pena – extraídas da Constituição de 1988. Complementarmente, realiza-se um exame do paradigma de justificação para a imposição da pena adotado pelo modelo constitucional brasileiro, discutindo-se as finalidades da sanção penal, das quais também são extraídas diretrizes sobre a formatação da reprimenda e de seu modelo de imposição. Ademais, o capítulo inicial discute a questão da unidade do poder punitivo e da existência de postulados

fundamentais de limitação do exercício de tal prerrogativa pelo ente estatal, aplicáveis a todos os ramos em que se manifestar a interferência sobre o cidadão, sobretudo a partir da privação de liberdade.

O trabalho segue então para o exame do modelo socioeducativo brasileiro. O estudo identifica no modelo de atendimento ao adolescente em conflito com a lei natureza materialmente penal, definida pela legislação. Ou seja, trata-se de ramo de Direito Penal Especial: o Direito Penal Juvenil. A consequência de se reconhecer a natureza penal do modelo socioeducativo é a exigência de incorporação das garantias fundamentais do Direito Penal previstas na Constituição Aqui, quando se afirma a existência de “caráter penal”, não se está a defender que adultos e adolescentes recebam o mesmo tratamento. Embora esteja-se diante de modalidade de Direito Penal Especial, trata-se de seara que apresenta suas especificidades e mesmo princípios reitores próprios. A ideia é promover um acréscimo: defender que o sistema infracional deva contemplar tanto seus postulados de limitação específicos quanto os “gerais”, do Direito Penal comum. O resultado é a consolidação de um modelo mais aperfeiçoado, pois dotado de um maior nível de garantias.

O capítulo que trata do exame do modelo penal juvenil brasileiro inicia-se pela apresentação sintética da sistemática atualmente em vigor. O tópico prossegue com a análise dos postulados fundamentais de limitação da privação de liberdade idealizados para o sistema de justiça juvenil. Na sequência, discute-se o reconhecimento do caráter materialmente penal do modelo socioeducativo e, após, realiza-se sucinta investigação sobre a temática da culpabilidade do adolescente em conflito com a lei. Ao final, o capítulo analisa os impasses e contradições detectados no modelo em vigor – características do modelo de imposição e aplicação da privação de liberdade incompatíveis com o arcabouço constitucional – e sinaliza a direção das possibilidades de superação das contrariedades, por meio da aplicação dos postulados fundamentais do *ius puniendi* analisados.

Antes de se debruçar, contudo, sobre a discussão das mudanças a serem recomendadas, este trabalho realiza uma investigação no campo do direito comparado, com o objetivo de extrair de tal exame perspectivas distintas de enfrentamento da delinquência juvenil que podem servir de inspiração para as reformas a serem sugeridas. Examinam-se os diplomas internacionais que tratam da matéria, dos quais se colhem prescrições a respeito de como o modelo brasileiro deve se organizar.

As propostas de reformulação sugeridas por este estudo são consolidadas no tópico 3.4, e contemplam: a) a delimitação de critérios ligados exclusivamente à conduta para a definição da reprimenda socioeducativa; b) o estabelecimento de um modelo de cumprimento da privação

de liberdade que não esteja condicionado ao alcance de requisitos de ressocialização, com o abandono da sistemática de reavaliação periódica e de prazo indeterminado para a execução da medida e a definição de períodos de tempo precisos para o cumprimento das reprimendas; c) o reajuste no conteúdo das dimensões punitiva e pedagógica das medidas socioeducativas, de forma a afastar da intervenção penal juvenil qualquer perspectiva de justificação para a realização de uma moralização forçada do adolescente privado de liberdade, reforçando a necessidade de que o Estado atue para efetivar os direitos fundamentais do jovem e dotá-lo de oportunidades.

Por fim, são analisadas as principais propostas legislativas, em trâmite no Congresso Nacional, que objetivam promover reformulação na sistemática de imposição ou de execução das reprimendas socioeducativas. Nesse ponto, ganha destaque o relatório elaborado pela Câmara dos Deputados como parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, que dispõe sobre o aumento no prazo máximo para cumprimento da medida socioeducativa de internação. Trata-se de documento extenso e detalhado, elaborado por meio de coleta de dados, e que resultou, inclusive, de audiências públicas realizadas por todo o país. O exame evidencia que os debates parlamentares se concentram em percepções empiricamente equivocadas sobre a realidade socioeducacional e que as propostas de mudanças em trâmite idealizam um incremento punitivo em face do jovem. A discussão também margeia o cenário enfrentado pelo público juvenil privado de liberdade, a partir de levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça,⁴ pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁵ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público,^{6 7} cujas informações revelam que os adolescentes são submetidos a condições extremamente rigorosas e, em algumas ocasiões, até piores que as enfrentadas pelo público adulto. Daí a necessidade de se promover o reajuste no objetivo a ser buscado pelas reformas legislativas vindouras.

⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012.

⁵BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Levantamento anual Sinase 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

⁶BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015.

⁷BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019.

1 O *IUS PUNIENDI* ESTATAL

1.1 Postulados inafastáveis de limitação do *ius puniendi*

O debate sobre princípios fundamentais no Direito Penal é tema recorrente na literatura especializada. Bittencourt,⁸ ao comentar a matéria, destaca que se trata de garantias fundamentais herdadas do pensamento iluminista, noções de limitação à intervenção estatal nas liberdades individuais e que, ao longo da história, passaram a integrar os textos constitucionais dos países democráticos, “como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão”. O autor afirma, ademais, que todos os princípios fundamentais de Direito Penal se encontram inseridos no texto constitucional de 1988, explícita ou implicitamente, em especial, no artigo 5º, extenso rol de prerrogativas do cidadão. Ainda, a função de tais postulados seria a de “orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”.⁹

Luiz Luisi,¹⁰ por sua vez, aponta que os princípios penais sempre tiveram presentes nas Constituições brasileiras, entre as quais a Constituição de 1988 foi a que lhes reservou mais espaço. O mesmo autor distingue, na atual Constituição, duas espécies de princípios em matéria penal: princípios especificamente penais e princípios constitucionais influentes na matéria penal. Os primeiros estariam ligados à fisionomia do sistema penal, impondo limitação ao exercício do poder punitivo. Luisi leciona:

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embaixadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios o postulado da legalidade dos delitos e das penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa. Também o princípio da pessoalidade da pena expressa uma exigência de limitação da sanção penal estritamente à pessoa do réu. Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, marginam e condicionam o poder punitivo do Estado (...).¹¹

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.10.

¹⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

¹¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003. p. 13.

Os princípios constitucionais influentes em matéria penal, por sua vez, não seriam propriamente criminais. A Constituição prevê uma série de postulados relativos à proteção de valores, que vêm destacados no texto constitucional como relevantes para a convivência social. O legislador, por determinação de tais postulados, deve elaborar normas para dar concreção à matéria constitucional. Nas palavras do mesmo autor gaúcho:

Os princípios atinentes da matéria penal e, pois, não exclusivamente criminais, permeiam a Carta Magna de 1988, bastando, por ora, lembrar, dentre muitos outros, os preceitos concernentes a bens da mais alta relevância social, como os relativos ao meio ambiente, ao trabalho individual e coletivo, a atividade econômica pública e privada, a pesquisa científica, etc., para cuja tutela concreta se faz necessária a resposta penal.¹²

Luisi também salienta que os princípios penais podem ser explícitos ou implícitos: “os explícitos estão anunciados de forma expressa e inequívoca no texto constitucional. Os implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidos”.¹³

Em sentido semelhante, encontram-se as lições de Nilo Batista,¹⁴ para quem alguns postulados fundamentais, em razão de sua reconhecida importância, significação política e aparecimento histórico, passaram a ser recepcionados por diversos ordenamentos jurídicos penais de matriz romano-germânica nos últimos séculos. Tornaram-se, com isso, máximas de “ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas”.¹⁵

Mais recentemente, muitas dessas máximas passaram a ser integradas aos diplomas internacionais de direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da OEA – e, em nível interno, ao texto Constitucional de diversas nações (a brasileira inclusive).

Os princípios em questão têm propósito prescritivo e programático, almejando ser “a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um Estado de direito democrático”.¹⁶ Contudo, é importante notar que não existe unanimidade, dentro da literatura jurídica, a respeito de qual seria o rol consolidado de princípios penais fundamentais contemplados no ordenamento jurídico brasileiro.

A título exemplificativo, Nilo Batista¹⁷ enumera cinco princípios – legalidade,

¹² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003. p. 14-15.

¹³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003, p. 13.

¹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 59.

¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 59.

¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade; Luiz Luisi¹⁸ traz o mesmo número, mas com postulados de conteúdo distinto – legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade (e individualização da pena); Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹⁹ arrola treze princípios – legalidade, taxatividade, insignificância, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social, culpabilidade, humanidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, pessoalidade da pena e individualização da pena; Cláudio do Prado Amaral²⁰ menciona somente quatro – legalidade, taxatividade, intervenção mínima e culpabilidade.

A falta de consenso sobre a “quantidade” de prescrições não representa efetivamente um problema, pois há de se considerar que qualquer tentativa de listagem representará rol meramente exemplificativo. Sobre esse ponto, segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, os postulados de limitação ao exercício do poder punitivo não podem ser enumerados exaustivamente, pois se inserem em contexto altamente dinâmico – do avanço do Direito Penal sobre novos atributos, do surgimento de novos conflitos, tecnologias e demandas, e mesmo dos próprios efeitos dos postulados penais colocados em prática. Daí por que os princípios penais devem estar em permanente atualização, não podendo ser enclausurados em seu conteúdo.²¹

Portanto, toda elaboração desses princípios é transitória e perfectível e todo enunciado deles, provisório; marcam uma etapa a partir da qual é necessário avançar em sua realização e na conseqüente contenção e redução do poder punitivo.²²

Nesse sentido, a disposição do § 2º do art. 5º do texto da Constituição Republicana de 1988 indica que “[o]s 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”. Ou seja, é comando constitucional que deve ser interpretado como prescrição para a permanente busca por novos postulados de limitação.

Na seara de postulados e garantias fundamentais do Direito Penal, há de ser destacada a construção de Luigi Ferrajoli e seu modelo garantista. O sistema proposto pelo autor italiano está estruturado em um conjunto de dez axiomas ou princípios fundamentais que representam

¹⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

¹⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁰ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1. p. 201.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1. p.201.

as regras do jogo no âmbito penal e processual penal.²³ Explica o autor, na esteira do que já foi destacado, que os seus axiomas são proposições que, de maneira geral, foram elaboradas pelo pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, como princípios de limitação ao exercício absoluto do poder punitivo. A partir de então, têm sido incorporados de maneira mais ou menos integral aos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, passando a representar, nesse sentido, os “princípios jurídicos do moderno Estado de direito”.²⁴ Cuida-se de prescrições que enunciam as condições que um sistema penal deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou parâmetros de justificação externa.²⁵ Em outras palavras, esses axiomas dão origem a um modelo normativo.

Os enunciados de Ferrajoli servem ao propósito de responder às perguntas relativas ao “quando” e ao “como” da intervenção penal. São eles:

- a1 *Nulla poena sine crimine*
- a2 *Nullum crimen sine lege*
- a3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- a4 *Nulla necessitates sine injuria*
- a5 *Nulla injuria sine actione*
- a6 *Nulla actio sine culpabilidate*
- a7 *Nulla culpa sine iudicio*
- a8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- a9 *Nulla accusatio sine probatione*
- a10 *Nulla probatio sine defensione*²⁶

Tais axiomas podem ser denominados a partir das garantias penais e processuais penais por eles expressas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisidiccionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.91.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.92.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.90.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.91.

10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.²⁷

O exame do conteúdo dos princípios penais fundamentais representa, muito mais do que uma discussão teórica, uma incursão sobre as diretrizes de formatação do sistema penal. Nesses postulados é que são detectadas as máximas primordiais de delimitação do exercício do poder punitivo do Estado. Ademais, deve-se levar em consideração que os princípios penais em exame, conforme assinalado acima, são postulados com *status* constitucional – ou seja, trata-se de máximas que exercem influência para todos os níveis do ordenamento jurídico, de forma que “o sistema de Direito penal deve se harmonizar com as liberdades, os direitos e as garantias estabelecidas pela lei maior”.²⁸

Na esteira do exposto, pode-se afirmar que a Constituição representa a “primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”.²⁹ Parece existir, em verdade, uma relação simbiótica entre os postulados fundamentais do direito penal e a Constituição, o que se explica pela dupla dimensão da natureza constitucional dos princípios penais: são eles *constitucionais*, porque consagrados no texto da Lei Maior, mas também porque se inspiram nas demais garantias nela previstas, com elas se compatibilizando e sobre elas exercendo sua influência.

Nesse sentido, a posição de Amaral:

Os juristas já afirmam sem dúvida de que os princípios de direito penal buscam sua fundamentação na Constituição Federal e a partir dela. De uma forma geral, os penalistas partem do Estado Democrático de Direito para buscar soluções para o direito penal.³⁰

O debate sobre os princípios penais constitucionais, e sua relação com institutos fundamentais do direito constitucional, é temática complexa, que já foi objeto de importantes estudos na literatura nacional e internacional.

A doutrina penal brasileira tem diversos trabalhos dedicados a discutir as interfaces entres as searas penal e constitucional – com base em conceitos extraídos da teoria do estado,

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 92.

²⁸ DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, v.22, n.88, p.21-44, 1985. p.25.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1. p.121.

³⁰ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 57.

das ciências políticas e da teoria geral do direito. Vale destacar, nesse âmbito, a obra de Luisi,³¹ notável por sua abordagem histórica do tratamento dedicado aos postulados penais nas constituições ocidentais contemporâneas e pela minuciosa análise dogmática dos princípios penais. A obra é celebrada na doutrina nacional como uma das mais relevantes sobre a matéria.

Também merece ser referenciado o estudo realizado por Lopes,³² que dedica parcela substancial do conteúdo ao debate de institutos do direito constitucional e à construção de intersecções com a matéria penal. O autor promove profícuo debate, à luz da teoria geral do estado, da disciplina dos princípios constitucionais, abordando, para além dos postulados atinentes à matéria penal, princípios de conteúdo político (mas que têm repercussão na esfera punitiva). Seu exame contempla a apreciação dos conceitos de “soberania”, “dignidade da pessoa humana” e “democracia”, todos elementos essenciais à formatação do Estado Democrático de Direito.

Adotando perspectiva semelhante, Amaral³³ se debruça de maneira profunda à análise da doutrina constitucionalista, em referência a diversos doutrinadores de importância na área (como José Gomes Canotilho, Paulo Bonavides e José Afonso da Silva). Uma detalhada discussão sobre a disciplina dos princípios – classificação, aplicação, conteúdo normativo, características fundamentais – é abordada pelo autor, para além da sua apreciação do conteúdo específico dos princípios de natureza penal.

Outra obra constantemente mencionada por diversos autores (os acima destacados, inclusive) como um dos estudos fundamentais sobre a matéria, é o livro de Francesco Palazzo,³⁴ da Universidade de Florença. O estudo de Palazzo, publicado originalmente em 1985 na Itália, foi traduzido para a língua portuguesa em 1989, por Gérson Pereira dos Santos, e publicado no mesmo ano no Brasil. A promulgação da Constituição Republicana de 1988 serviu como principal motivador para que Santos promovesse a tradução da obra, conforme assinala na apresentação do livro:

A circunstância de ter sido promulgada uma nova Constituição para o Brasil, com a consequente revisão do catálogo dos direitos fundamentais e dos princípios cardiais para um Estado social de índole democrática, tudo isso impôs ao meu arbítrio traduzir a pequeninha mas primorosa obra de Palazzo.³⁵

³¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

³² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³³ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

³⁴ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

³⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

O texto, considerado “de vital importância para o estudo e evolução do tema”,³⁶ se dedica à análise dos fundamentos constitucionais do direito penal italiano, alemão e espanhol. A obra se divide em três grandes tópicos: a) o exame da relação entre o Direito Penal e a Constituição; b) o debate sobre o conteúdo dos princípios de Direito Penal; e c) a discussão a respeito da influência da Constituição sobre o Direito Penal. Embora dedicado a análise de dispositivos de ordenamentos jurídicos estrangeiros, o trabalho de Palazzo exerceu grande influência sobre a doutrina brasileira - pela qualidade da sua análise dogmática.

Diante do recorte metodológico e da delimitação do conteúdo deste trabalho, não há intenção de se aprofundar na análise desses estudos. Parece oportuno, contudo, discutir algumas ideias essenciais, sobretudo, algumas reflexões na esfera do direito constitucional – necessárias à compreensão dos argumentos aqui defendidos.

Aqui, pretende-se dar ênfase a duas noções fundamentais: *Estado Democrático de Direito e supremacia da Constituição*. Para tanto, é necessário trazer à discussão o conteúdo do artigo que inaugura a Constituição da República de 1988:

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 fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana**;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (grifo nosso).

O texto da Lei Maior indica que a República Brasileira se constitui em um *Estado Democrático de Direito*.

O paradigma em questão representa matéria de extrema complexidade – e o presente estudo não irá se dedicar a promover uma abordagem aprofundada do assunto. Para a construção do argumento aqui defendido, é necessário compreender que o modelo em exame se caracteriza pelo compromisso com a “efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem”,³⁷ ou seja, cuida-se de conceito no qual os princípios e garantias constitucionais – e, aqui, novamente, os postulados fundamentais do Direito Penal – têm enorme protagonismo.

³⁶ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p.57.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 83.

O modelo se constrói a partir do binômio democracia e direitos humanos, exigindo a existência de um núcleo de proteção das conquistas fundamentais sociais, em uma busca efetiva de concretização da igualdade, por meio de “intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas circunstâncias de vida da comunidade política”.³⁸ Em outras palavras: a exigência de que o Estado preveja um rol de garantias fundamentais, mas também que adote medidas concretas para efetivá-las.

Há, nesse sentido, notável paralelismo entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e as reflexões de Ferrajoli³⁹ a respeito do modelo de Estado que tem se consolidado contemporaneamente nas democracias ocidentais, denominado *Estado Constitucional de Direito* – um modelo comprometido com a tutela das liberdades individuais, dos direitos políticos e sociais, e que deve construir uma estrutura jurídica complexa, capaz de atender a essas prestações.

Em atenção às ideias do autor italiano, Silva Franco indica que a produção normativa, dentro do paradigma contemporâneo de Estado, “é disciplinada por normas não apenas formais, mas também substanciais, na medida em que se mostram limitadoras e vinculantes do legislador”.⁴⁰ O que se quer destacar é que a Constituição brasileira prevê, por meio de seus postulados fundamentais (princípios e garantias), as balizas para toda a produção normativa do sistema jurídico.

Nesse sentido, necessário assinalar que, no modelo constitucional brasileiro – que se constrói, conforme assinalado, em torno do paradigma do Estado Democrático de Direito – os princípios constitucionais são “normas-chave de todo o sistema jurídico”⁴¹, desempenhando papel de extremo relevo na dinâmica constitucional e na manutenção da unidade do ordenamento. Toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Constituição e passar por seu crivo, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela.⁴² É a Constituição que oferece o parâmetro de unidade do ordenamento jurídico, resolvendo, a partir do seu conteúdo, as antinomias que venham a se instalar.⁴³

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.112.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 286.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.45

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.44

Ao tratar dessas ideias, a literatura está a referenciar a estrutura escalonada da ordem jurídica, formulada por Hans Kelsen.⁴⁴ O raciocínio proposto pelo autor é o de que as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo plano, mas situam-se em uma construção de diferentes níveis ou camadas. A unidade do ordenamento se constrói por meio da “conexão de dependência”⁴⁵ entre os diferentes níveis. Toda norma produzida se apoia sobre outra norma, hierarquicamente superior, que regulamenta sua produção. O ponto mais alto dessa estrutura escalonada é a norma fundamental – pressuposta, formulação hipotética –, que “é o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.⁴⁶

O sistema normativo é uno e único – as regras só podem coexistir se sua validade repousar num só mesmo fundamento.⁴⁷ No campo do direito positivo, é a Constituição que representa a norma de “escalão mais elevado”.⁴⁸ É ela que regulamenta a criação de todas as demais espécies normativas. É dela que se extrai o fundamento de todas as outras normas. Se uma norma não se compatibiliza com a Constituição, não pode pertencer à ordem jurídica.

Conforme leciona Kelsen:

(...) uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a esse sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica.⁴⁹

Nessa dinâmica, a Constituição funciona como fundamento e fonte produtora das normas inferiores – na medida em que toda norma “pode ter sua referência última nas normas constitucionais”.⁵⁰

As ideias de Kelsen vêm comentadas por Bobbio, em tópico dedicado a discutir a “unidade do ordenamento jurídico”, em sua obra *Teoria do Ordenamento jurídico*:

Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a **teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen**. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.155.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.155.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Trad. Fernando de Moura. São Paulo: Saraiva.,1938. p.46.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.155.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.155.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 50.

complexo. Seu núcleo é que **as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano**. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa **a unidade do ordenamento**. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. **É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado “ordenamento”** (grifo nosso).⁵¹

Os princípios constitucionais – aqui, novamente, referenciam-se os princípios penais constitucionais – como “expressões do ordenamento constitucional”,⁵² têm função essencial na sistemática de manutenção da unidade constitucional. Embora não contenham um preceito imediato, passível de aplicação direta pelo juiz ou pelo legislador, oferecem o conteúdo que define a interpretação e a integração da Constituição com as demais normas.⁵³

A principal ideia que se deseja extrair do debate empreendido neste tópico é a assertiva de que a lei que não se compatibiliza com postulado penal constitucional não pode pertencer à ordem jurídica – devendo ser reformada para se adequar ao conteúdo da Lei Maior. Partindo dessa premissa, este estudo quer evidenciar a existência de violações dos referidos princípios, detectadas a partir de características no sistema socioeducativo brasileiro. Daí a necessidade de, inicialmente, compreender o conteúdo fundamental desses postulados.

No tópico seguinte, busca-se analisar alguns princípios penais constitucionais – selecionados por sua especial pertinência com a discussão de fundo deste estudo –, relativos à investigação do modelo punitivo juvenil brasileiro. O percurso da discussão será o seguinte:

- examinar o princípio da legalidade, definindo seu conteúdo fundamental. A escolha desse postulado se dá em razão do protagonismo que ele possui como preceito elementar de um modelo penal democrático, mas também pelo desejo de confrontar as conclusões extraídas do seu exame com o modelo atual de imposição de reprimendas socioeducativas, notadamente, com relação à diretriz de “respeito à capacidade do adolescente” como critério de definição das medidas a serem aplicadas;

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p.48-49.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.49.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.50.

- analisar o princípio da retributividade ou da consensualidade da pena em relação ao delito. A intenção também é contrapor as diretrizes extraídas desse postulado com o modelo de imposição de medidas socioeducativas – por se notar no referido modelo características de um paradigma de direito penal de autor, vedado pelo postulado em questão;
- investigar o conteúdo do princípio da materialidade, exterioridade da ação ou lesividade, tomado como comando de vedação à penalização de atitudes internas do cidadão e à imposição de concepções moralizantes. A intenção é que o exame de tal postulado sirva para questionar a dinâmica de execução de reprimendas socioeducativas, com marcado caráter moralizante;
- examinar o princípio da culpabilidade. Nesse ponto, as “três dimensões” do princípio serão analisadas: culpabilidade como *fundamento* da pena, culpabilidade como *medida* da pena e culpabilidade como critério de *subjetivação* da responsabilidade penal. De tal exame, pretende-se extrair diretrizes para a conformação de um modelo de imposição de reprimendas na esfera juvenil que leve em conta somente características da conduta ilícita, e não do adolescente infrator. Ademais, o debate introduzirá alguns conceitos, que virão retomados no tópico dedicado ao debate da construção de um conceito de culpabilidade juvenil;
- analisar o princípio da humanidade. A referência ao postulado em questão tem como propósito, essencialmente, promover a afirmação sobre a impossibilidade de submissão do público juvenil a medidas de natureza ressocializadora com caráter coativo.

1.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Republicana de 1988, por meio da seguinte previsão: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O dispositivo em exame, como salienta Silva Franco, revela apenas a dimensão formal da legalidade. Trata-se da “reserva absoluta da lei”, que veda a elaboração de crimes e a previsão de penas por meio de outras espécies normativas distintas da lei em sentido estrito, como os

costumes, a jurisprudência ou a analogia.⁵⁴

A dimensão formal da legalidade é complementada pelo texto constitucional a partir do art. 5º, XL, que veda a retroatividade da lei penal mais gravosa, e consagra a retroatividade da lei mais benéfica: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Neste sentido, Silva Franco comenta que “A lei deve ser anterior, quanto ao crime, e prévia, no que diz respeito à cominação da pena, isto é, antes que ela surja, não há fato que receba qualificação delituosa, nem previsão punitiva possível”.⁵⁵

O princípio em exame estende seus efeitos sobre o exercício legislativo na esfera penal, oferecendo limitação sobre a escolha dos bens jurídicos que serão tutelados, as condutas que serão proibidas e mesmo a redação dos dispositivos, tudo isso com vistas ao respeito das garantias fundamentais do modelo democrático.

O sistema constitucional brasileiro, comprometido com a inviolabilidade dos direitos fundamentais, contempla extenso arcabouço de garantias, e todas elas se impõem como princípios limitadores da intervenção penal. Vale destacar, a título exemplificativo, a garantia da liberdade de crença e consciência (art. 5º, VI), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), e o sigilo de correspondência e das ligações telefônicas (art. 5º, o XII), que restringem a intervenção estatal na esfera individual, reprimindo, nesse sentido, também o exercício incriminador. Registre-se, ainda, uma série de garantias específicas do campo penal, principalmente na matéria da privação de liberdade, como a garantia de prisão apenas em flagrante ou por ordem da autoridade judicial (art. 5º, XLI), a individualização da pena (art. 5º, XLV), humanidade/vedação a penas desumanas (art. 5º, XLVI), local adequado para cumprimento de pena (art. 5º, XLVIII), respeito aos direitos do apenado (art. 5º, XLIX). Todos esses postulados dão conteúdo à legalidade, ao estabelecerem as balizas para a produção legislativa no campo do Direito Penal.

Na construção de Ferrajoli, por sua vez, o princípio da legalidade admite duas dimensões: legalidade lata e legalidade estrita. A primeira diz respeito à reserva legal – ou a exigência da lei “como condição necessária da pena e do delito”.⁵⁶ Pressupõe que apenas a lei penal (atendidos a todos os critérios formais) poderá prever delitos e estabelecer penas. A segunda dimensão condiciona o conteúdo da legislação: só será considerado lei penal válida e,

⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

portanto, estará legitimado a prever delitos e cominar penas, aquele dispositivo que tiver sido elaborado em estrita observância a todos os princípios fundamentais do Direito Penal.

Como elucidada o autor:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade e seus enunciados.⁵⁷

E ainda:

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa da lei, entendendo a “lei” no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do Juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta da lei, entendendo “lei” no sentido substancial, de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente a lei.⁵⁸

A diretriz principal que se quer extrair do princípio da legalidade, em sua perspectiva lata ou formal, é que somente a lei pode prever o que é crime (ou seja, definir as condutas tomadas como proibidas) e o que é a pena (a consequência da prática dessas mesmas condutas). Nesse sentido, é a lei que define a relação entre delito e sanção – a aplicação da última só pode acontecer em razão da prática da primeira. Na esteira desse raciocínio, como consequência da legalidade, há de se destacar o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, abaixo analisado.

1.1.2 Princípio da consequencialidade

O postulado da consequencialidade estabelece que toda sanção penal tem por *pressuposto* a prática de um delito, ou seja, só pode haver pena se houver crime. O comentado princípio vem consagrado no mesmo inciso XXXIX do art. 5º da Constituição de 1988, já

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

referenciado, do qual se extrai que a pena se impõe exclusivamente como consequência da prática do delito.

Esse princípio representa a garantia de que o indivíduo seja punido pela conduta que praticar, e não por características ou *status* que apresente. Revela, portanto, uma vedação à existência de um modelo de Direito Penal de autor. Como esclarecem Zaffaroni e Pierangeli,⁵⁹ o paradigma em questão se refere a “uma corrupção do direito penal”, um modelo em que se proíbe uma forma de ser do autor, não um ato em si. A conduta delinquente teria valor não por si só, mas como indicativo de uma personalidade reprovável ou perigosa.

Em sentido semelhante, a lição de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar,⁶⁰ para quem o Direito Penal do autor supõe que o delito seja sintoma de um *estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Essa inferioridade seria, para alguns autores, de natureza moral, de forma que a prática delinquente demandaria a intervenção estatal para investigar e censurar os erros do criminoso. O sistema punitivo funcionaria, nesse sentido, como um instrumento de educação moral, ou moralização forçada. Nas palavras dos próprios autores:

Para esse direito penal, o estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, de acordo com as pautas – intensamente difundidas pelas agências comunicacionais – que as pessoas devem introjetar (não apenas cumprir), e as agências jurídicas são tribunais disciplinares que julgam até que ponto as pessoas internalizaram as orientações estatais, sem se importarem com o que tenham feito mais do que como habilitação para a intervenção penal.⁶¹

A manifestação de Zaffaroni e Pierangeli sobre o assunto vale ser destacada:

[...] o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.⁶²

O paradigma do Direito Penal de autor é vigorosamente criticado pela literatura jurídica especializada, por tratar-se de perspectiva autoritária, que desrespeita a autonomia moral dos cidadãos. Nesse modelo, o Estado não se limita a impor a pena como reprimenda – já uma

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1. p.107.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1. p.131.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primTeoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1. p.132.

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1. p.107.

consequência gravosa e severa –, mas o faz com a intenção de transformar o delinquente, mudá-lo em suas ideias e convicções. Não se quer apenas impedir a prática de condutas proibidas, mas a existência de pessoas criminosas.

1.1.3 Princípio da materialidade

A questão da moral – e da (in)devida intervenção estatal sobre ela – é também tratada no princípio da materialidade ou exterioridade da ação, que veda a penalização do indivíduo pelas suas atitudes internas, não manifestadas no mundo exterior. Tem também relação com o postulado da lesividade, o qual exige que a conduta, para ser penalmente relevante, seja exteriorizada e provoque lesão (ou ao menos exponha a perigo algum bem jurídico).

Trata-se, portanto, de um limite imposto para evitar a punição de um “direito penal do ânimo”,⁶³ já que as ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir fundamento de tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime.⁶⁴

Ademais, o mesmo postulado serve à oposição do paradigma do Direito Penal de autor, pois cuida-se de princípio que proíbe a incriminação de meros estados ou condições existenciais – tendo em vista que não há como derivar ofensa a atributos alheios a partir de tais situações.

Nesse sentido, é a lição de Batista:

O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas [...].⁶⁵

A manifestação de Semer revela conteúdo convergente ao recém apresentado:

A punição do agente pelo que pensa ou é – e não pelo que fez, ou que causa a outrem – é incompatível com as limitações inerentes ao Estado Democrático de Direito e mais ainda o respeito à dignidade da pessoa humana. O mesmo se diga com a confusão entre direito e moral que o princípio da lesividade visa evitar.⁶⁶

⁶³ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 44.

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 90.

⁶⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 91.

⁶⁶ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 14-15.

Outrossim, o ensinamento de Carvalho, que também identifica a impossibilidade de criminalização de atitudes internas como consequência do postulado da exterioridade da ação:

[...] o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, exigindo tolerância de toda atitude ou comportamento não-lesivo para terceiros, visto não ser função do direito (muito menos do direito penal) impor ou reafirmar determinada concepção moral.⁶⁷

Há de se destacar que o modelo garantista tem na doutrina da separação entre e direito e moral um dos seus principais pontos de apoio. Notadamente, Ferrajoli⁶⁸ aponta que a comentada doutrina repercute em três esferas: na definição de delito, do processo e da pena. No campo do delito, impõe-se como postulado que define que o Direito Penal não possui a tarefa de impor ou reforçar qualquer concepção moral, mas apenas de impedir a prática de condutas danosas a terceiros. Na esfera do processo, indica que o julgamento do acusado somente pode versar sobre fatos penalmente proibidos, e nunca sobre seu caráter, moralidade ou personalidade. Relativamente à pena, a imposição do postulado é de que a sanção penal não deve possuir nem conteúdo nem finalidades morais – ou seja, o Estado não pode se propor a ensinar o indivíduo sobre o que é moralmente certo/adequado e errado/inadequado, somente impor como consequência inevitável do crime a sanção.

Nas palavras do referenciado autor:

O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar - reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é. As penas, conseqüentemente, não devem perseguir finalidades pedagógicas ou correccionais, devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meio de tratamentos diferenciados e personalizados de tipo ético ou terapêutico.⁶⁹

O exame do postulado da consequencialidade indica, diante do exposto, uma incompatibilidade entre os fundamentos do direito penal e a perspectiva de promover, por meio do sistema punitivo, a moralização do cidadão.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.91.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 208.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 208.

1.1.4 Princípio da culpabilidade

Os manuais de Direito Penal habitualmente assinalam a atribuição de um significado tríplice para o vocábulo “culpabilidade” na seara criminal.

O termo representaria, numa primeira acepção, o *fundamento da pena*.⁷⁰ Nesse aspecto, estaria ligado à possibilidade de aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e ilícito, ou seja, cuida-se da culpabilidade como elemento do conceito estratificado do delito, dentro da consagrada divisão tripartida (fato típico, ilícito e culpável).

Por essa dimensão, a culpabilidade seria composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma. Exige-se a verificação simultânea desses três requisitos, que constituem os elementos positivos específicos do conceito de culpabilidade. A ausência de qualquer um deles é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção.⁷¹

Em segundo lugar, a culpabilidade representaria elemento de *determinação* ou *medição* da pena.⁷² Sua função seria a de impedir que a reprimenda penal fosse imposta para além da medida prevista pela própria ideia de reprovação representada pela culpabilidade. Em suma, a culpabilidade se manifesta como *limite da pena*.⁷³

Aqui, nota-se uma intersecção com o postulado da consequencialidade, na medida em que a referência à culpabilidade evitaria o ingresso no paradigma do direito penal de autor.⁷⁴ Em outros termos, o postulado impõe que o sujeito seja sancionado em razão do que fez (e do quanto a ordem jurídica valora tal conduta), e não do que é.

Por fim, o atributo viria referenciado como conceito contrário à *responsabilidade objetiva*, ou seja, o *princípio da culpabilidade*⁷⁵ como postulado que assegura que o cidadão só possa responder criminalmente pelo resultado previsível a que deu causa com dolo ou culpa. Nessa dimensão, a culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal,⁷⁶ exigindo,

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352-353.

⁷¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.352-353.

⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.100.

⁷⁴ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 43.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352-353.

⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.100.

para a inflicção de uma pena, *a prática de uma conduta, associada causalmente a um resultado, subjetivamente atribuível a um sujeito*.

Dentro de tal dimensão, também se detecta uma intersecção com o princípio da consequencialidade. Isso porque definir um modelo de responsabilização subjetiva, que tem como pressuposto a realização de uma *conduta imputável ao indivíduo*, significa objetar, por consequência, o paradigma do Direito Penal do autor.

A literatura jurídica se divide quanto à identificação de dispositivos da Constituição Republicana de 1988 que teriam consagrado o princípio da culpabilidade, em suas diferentes acepções.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes defende que o postulado foi “implicitamente agasalhado”⁷⁷ pelo texto constitucional, conclusão que extrai ao invocar o conteúdo dos artigos: 1º, III (dignidade da pessoa humana); 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade). O autor também faz referência ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CR/88), por tratar-se de prescrição que “veda o mesmo tratamento ao culpável e inculpável”.⁷⁸ Nesse ponto, embora não indique especificamente, parece que o autor está a enfatizar a noção de culpabilidade como *fundamento* da pena e como atributo definidor da *subjetividade* da responsabilização penal (ao invocar o termo “culpável” e o tratamento dado a esse sujeito).

Marcelo Semer entende que o princípio em exame não está expresso na Constituição brasileira, mas pode ser depreendido da dimensão da dignidade da pessoa humana, por meio da assertiva de que “o direito penal não pode ir até onde não exista ação humana voluntária”.⁷⁹ Outrossim, o autor invoca também o conteúdo do princípio da não transcendência da pena, “norma que assegura que a responsabilidade penal não pode ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da Constituição Federal)”.⁸⁰ A perspectiva de Semer consagra as três dimensões do postulado da culpabilidade: o princípio garante que somente o sujeito culpável (*fundamento*), e mais ninguém além dele (*subjetividade* – não transcendência), seja sancionado, em razão e na medida da sua conduta (*medida da pena*).

⁷⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

⁷⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

⁷⁹ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 41.

⁸⁰ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 41.

Em sentido semelhante, Nilo Batista, ao discutir o conteúdo do princípio da culpabilidade, evidencia como uma de suas características fundamentais a “personalidade da responsabilidade penal”.⁸¹ Por meio de tal expressão, o autor se refere à noção de que a responsabilidade penal está sempre ligada a um sujeito específico, uma única pessoa, “não podendo ser coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva”.⁸²

Da noção de *responsabilidade pessoal*, Batista extrai duas consequências: a intranscendência e a individualização da pena.⁸³ A primeira consequência é invocada como prescrição que impede que a pena ultrapasse a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CR/88), na esteira do que defende Semer. Da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR/88), o autor destaca, em especial, sua dimensão judicial – a exigência de que a sanção penal seja aplicada considerando a pessoa concreta a quem se destina (consagrando, explicitamente, a dimensão da culpabilidade como *medida da pena*).

Luiz Luisi, por sua vez, indica que o princípio da culpabilidade possui “gabarito constitucional”,⁸⁴ em referência ao disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Republicana de 1988, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. De tal dispositivo, Luisi extrai a conclusão de que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe “seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou participe de um fato típico e antijurídico”⁸⁵ (culpabilidade *fundamento*).

O autor também assinala as previsões que consagram o instituto da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR/88) como dispositivos dos quais se pode deduzir a adoção do princípio da culpabilidade. Na sua visão, é a individualização da pena que, na ocasião de uma condenação, viabiliza a escolha da modalidade de sanção a ser aplicada, bem como sua quantificação (culpabilidade *medida da pena*).

1.1.5 Princípio da humanidade

A Constituição de 1988 indicou, entre todos os princípios nela elencados, a dignidade da pessoa humana como *um de seus fundamentos*, atribuindo a tal postulado o *status* de valor fundamental (ou princípio fundamental de maior hierarquia axiológica⁸⁶), “que, como tal, deve

⁸¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 101.

⁸² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 101.

⁸³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, , 2007. p. 101.

⁸⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003. p. 37.

⁸⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003. p. 37.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa”.⁸⁷ A dignidade da pessoa humana funciona, em tal contexto, como valor-guia de toda a ordem jurídica,⁸⁸ sendo inviável estabelecer uma fórmula genérica que abarque todo o seu conteúdo.

A literatura constitucionalista indica, contudo, que se convencionou designar a existência de uma dupla dimensão para o instituto. Por um lado, a dimensão negativa da dignidade da pessoa humana funciona como um limite à atuação estatal – determina que o indivíduo não pode ser reduzido à condição de mero objeto da ação (própria, de terceiros ou do Estado) e proíbe violações da dignidade do cidadão. Por outro lado, a dimensão positiva exige que o Estado atue concretamente para proteger a dignidade de todos, assegurar os direitos fundamentais e promover o respeito a eles.⁸⁹

A materialização da dignidade da pessoa humana na esfera penal se realiza a partir do *princípio da humanidade*.

O postulado vem explicitamente reconhecido na Constituição de 1988, nos incisos II (proibição de tortura de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpetuas) do art. 5º.⁹⁰ A ideia fundamental é que o postulado funcione como proibição da imposição de sanções penais que ofendam a dignidade da pessoa humana, de forma que as modalidades previstas no texto constitucional servem apenas de rol exemplificativo. Para além de tal conteúdo, a literatura jurídica observa diferentes dimensões para o princípio.

Marcelo Semer⁹¹ indica que o postulado da humanidade está ligado à ideia de limite à intervenção punitiva do Estado sob a perspectiva da anterioridade da lei penal e da previsibilidade da sanção, em oposição às concepções pré-modernas de penas extraordinárias, definidas a partir do mero arbítrio do juiz.

Nilo Batista define que o princípio da humanidade postula a racionalidade e a proporcionalidade da pena.⁹² O primeiro atributo indica que a sanção penal deve ter um sentido compatível com o humano, não podendo “exaurir-se num rito de expiação e oprobório”.⁹³ Ou

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 96.

⁹¹ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 81.

⁹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 96.

⁹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 97.

seja, a pena não pode se propor a ser uma coerção puramente negativa ou a simplesmente fazer sofrer o condenado. Na esteira do mesmo raciocínio, são também inaceitáveis as penas que desconsideram a capacidade de autorregulação como atributo da pessoa humana, tentando impor modificações internas no indivíduo.⁹⁴

No mesmo sentido, Lopes assinala que o princípio da humanidade recomenda que a “reeducação e a reinserção social” exercitadas na esfera penal sejam reinterpretadas, pois, se forem determinadas coativamente, implicarão atentado à dignidade humana.⁹⁵

A proporcionalidade, por sua vez, é ideia que repercute sobre a quantificação da sanção⁹⁶ – a noção de pena adequada à gravidade do fato e a lesão ao bem jurídico ofendido, definida por meio de critérios normativamente previstos, e não arbitrariamente definidos no caso concreto.

1.1.6 Considerações finais do tópico

Os postulados aqui analisados tratam de prescrições de enorme relevância para a análise que se quer realizar do modelo punitivo juvenil brasileiro.

Relativamente aos três primeiros princípios examinados, os pontos abaixo sintetizam as assertivas que orientarão o debate a ser empreendido:

- a necessidade de prévia definição legal de todas as hipóteses ensejadoras de aplicação da sanção penal;
- a possibilidade de imposição de reprimenda somente em razão da prática de ato previsto (previamente) como delito;
- a impossibilidade de aplicação de sanção em razão de pensamentos, ideias ou convicções que não se manifestam no mundo exterior;
- a proibição da imposição de reprimenda penal em razão de características ou condições do acusado;
- a imperiosidade do respeito à autonomia moral do indivíduo;
- a proibição da intervenção estatal sob o cidadão com propósitos de promover transformação moral.

⁹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, , 2007. p. 97

⁹⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 97

O princípio da culpabilidade, por sua vez, ganha especial relevância neste contexto. As três dimensões identificadas para o postulado virão invocadas neste estudo, posto que se pretende contrapor seu conteúdo a características fundamentais do modelo penal juvenil brasileiro. A saber:

- *culpabilidade fundamento* – a referência à culpabilidade como elemento do conceito estratificado do delito será objeto de apreciação em tópico dedicado ao debate sobre a “culpabilidade juvenil” (2.4). A questão tem evidente relevância para a discussão de fundo deste trabalho, já que é especificamente em razão da inimputabilidade dos adolescentes (ou seja, da não satisfação de um dos atributos da culpabilidade – a imputabilidade) que se constitui um modelo punitivo próprio para esses sujeitos, distinto daquele dedicado ao atendimento dos adultos. A ideia deste estudo, ao propor um debate sobre a “culpabilidade juvenil” é, para além de debater a questão da imputabilidade, analisar se e em que medida os demais elementos constitutivos da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência de ilicitude) podem ser levados em conta no modelo de responsabilização juvenil. O que se pretende avaliar, em suma, é se a não satisfação desses atributos da culpabilidade também podem afastar, como acontece no direito penal comum, a aplicação das sanções punitivas;
- *culpabilidade responsabilização subjetiva* – a afirmação de um modelo de responsabilização subjetiva, na esteira do que foi exposto neste tópico, indica a consagração do postulado da consequencialidade – ou seja, a ideia de que o sujeito culpável só pode ser sancionado em razão de suas condutas. Trata-se, portanto, de perspectiva que se soma aos demais argumentos trazidos no texto com o propósito de objetar a possibilidade de imposição da privação de liberdade na esfera juvenil, com base em características do adolescente;
- *culpabilidade medida da pena* – novamente, cuida-se de perspectiva que consagra o princípio da consequencialidade, na medida em que indica a culpabilidade (e não qualquer outra característica do agente) como fator de determinação quantitativa da sanção. Este estudo apresenta uma proposta de quantificação da medida socioeducativa privativa de liberdade que leva em conta apenas características da conduta ilícita. Nesse sentido, as discussões doutrinárias que se constroem em torno da utilização da culpabilidade como critério de medição da sanção penal –

notadamente, aquelas que indicam propriamente como operar tal postulado na prática – serão objeto de análise, servindo de referência para o modelo proposto.

O exame do princípio da humanidade reforça as constatações extraídas da análise dos demais postulados avaliados, no sentido de que: a) o modelo constitucional brasileiro veda qualquer possibilidade de imposição de sanção penal por critérios que não os devidamente previstos em lei; b) apenar o cidadão com o propósito de lhe causar sofrimento ou de promover sua transformação interna, ou sua “ressocialização” coativa, é algo inaceitável, porque ofensivo à dignidade da pessoa humana; c) a sanção penal só pode ser aplicada em medida proporcional ao ilícito praticado.

1.2 A justificação para a imposição da privação de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro

O problema da justificação da pena representa uma das mais importantes questões da filosofia do Direito Penal. A centralidade do assunto em questão se explica pelo fato de que é a pena (como sanção específica) um dos principais pontos distintivos entre o Direito Penal e os demais ramos jurídicos. Estudar o que se pensa sobre a pena, significa, portanto, examinar o ponto de partida de um sistema punitivo.

Apesar de se tratar de complexa problemática, a questão da justificação da pena pode ser resumida a partir de uma simples assertiva: a sanção penal representa uma violência. Ainda que executada pelo Estado e imposta ao indivíduo como consequência da prática do delito, é uma violência. Contudo, trata-se de intervenção legítima, aceitável. E sua legitimidade reside na sua justificação. Em outras palavras: há “algo” que torna a pena, uma rigorosa modalidade de sanção, em medida tolerável e admissível. É justamente sobre esse “algo” que se debruçam as discussões sobre a legitimidade da pena, ou seja, o estudo de qual ou quais seriam as razões que justificariam a intervenção penal.

Leciona Ferrajoli⁹⁷ que a justificativa da imposição da pena deve ser pensada pela ótica do cidadão. Partindo de uma noção contratualista, argumenta o autor que é o cidadão quem confere ao Estado o direito de puni-lo, ou seja, de exercitar o monopólio do uso da força e impor a pena – e o faz por entender que a imposição dessa medida se relaciona ao alcance de um objetivo ou finalidade desejada pelo cidadão.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230.

Ao longo da história, várias proposições surgiram na tentativa de estabelecer qual seria a finalidade capaz de justificar a imposição da pena. A doutrina consagra uma divisão classificatória entre essas proposições, bastante conhecida e repetida pelos manuais. Não sendo o propósito deste estudo se aprofundar nos debates sobre a classificação em comento, vale trazer ao menos breves considerações sobre ela.

1.2.1 Finalidades da pena: breves considerações

Seguindo a consagrada separação da literatura jurídica, os modelos de justificação da pena se dividem em doutrinas absolutas e doutrinas relativas.

Os modelos justificacionistas absolutos⁹⁸ fundamentam a existência do Direito Penal e da pena como um fim em si mesmo. São modelos de caráter retributivo, que associam a pena a uma vingança, uma expiação do pecado (forte caráter religioso) ou a um remédio. Em outras palavras, para os modelos absolutos a justificativa da pena estaria exatamente na relação de retribuição que se forma entre o crime (violência) e a pena (violência). Quanto às doutrinas relativas,⁹⁹ trata-se de proposições que se fundam na ideia de que a justificativa da imposição da pena não seria apenas a necessidade de punir o mal causado pelo crime, mas a perspectiva de que, por meio de tal punição, fosse possível prevenir a prática de delitos. A comentada prevenção, por sua vez, poderia ser contemplada por diversas dimensões – geral e especial, positiva e negativa.

Numa breve explicação, a prevenção especial se refere à ação da pena no delinquente, enquanto a prevenção geral diz respeito à ação da pena sobre toda a sociedade de maneira ampla.

A prevenção especial negativa estaria ligada à ideia de que o delinquente precisa ser neutralizado e mantido à distância. Com efeito, para as doutrinas que se constroem com base nessa noção, a justificativa da pena estaria na necessidade de inocuidade do criminoso. A prevenção especial positiva, em contrapartida, estaria ligada à noção de pena como reeducação, ressocialização ou cura.

Sobre a dimensão geral positiva da prevenção, em suma, trata-se de justificar a pena como necessária à integração social e ao reforço da fidelidade do Estado e do conformismo das condutas. É dizer, quando o Estado estabelece uma pena para o crime de homicídio, por

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 235-240.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 240-244.

exemplo, está indicando para a sociedade que a vida é um atributo de extrema importância, já que sua violação desafiaria a intervenção penal. Com isso, o Estado quer comunicar para o cidadão os atributos sociais que seriam importantes e valorosos, indicando que ele está comprometido com sua proteção. Ademais, a pena se imporia como necessária – caso contrário, não sendo ela aplicada, a comunicação do Estado estaria esvaziada, caindo o ente em descrédito.

Por fim, vale assinalar que a perspectiva da prevenção geral negativa é a de prevenir a prática delincente por meio da intimidação. A ideia é simples: por meio da previsão em abstrato da pena, o potencial delincente, temeroso pela reprimenda, decidiria por não praticar o crime. Daí a justificativa da imposição da sanção penal: a necessidade de se desestimular a prática delincente.

As proposições teóricas que se consolidaram ao longo dos últimos séculos se concentram na invocação de uma (as ditas doutrinas puras) ou mais de uma (as doutrinas mistas) dessas perspectivas, retributivas ou preventivas, como justificativa para a imposição da pena. Não interessa ao presente trabalho promover uma análise exaustiva de todos os abundantes modelos justificacionistas existentes, no campo abstrato. Este tópico representa uma incursão sobre um problema mais concreto.

Com efeito, cada finalidade justificacionista vem associada a uma diretriz fundamental, a ser perseguida pela pena, que repercute sobre o próprio conteúdo da sanção penal, sob diversos fatores. É pensar, por exemplo, na quantificação da pena, nas condições de cumprimento ou nas atividades a serem desempenhadas pelo detento, que guardam pertinência com a finalidade escolhida. Ilustrando o raciocínio: um modelo que se justifica a partir da dimensão preventivo especial positiva, ligada à ideia de ressocialização do apenado, está a definir que a pena deve envolver a realização de atividades voltadas ao restabelecimento de vínculos entre o apenado e a sociedade. Um modelo ligado à prevenção especial negativa, por sua vez, orientado pela ideia de inocuização do delincente, indica a formatação de uma sanção penal que promova o isolamento do detento e seu afastamento do convívio social.

O que interessa a este estudo é detectar, no ordenamento jurídico, quais seriam as finalidades – preventivas e/ou retributivas – invocadas para justificar a imposição da pena, para que, por meio de tal análise, *identifique-se o que a legislação define sobre o conteúdo da sanção penal*. A ideia é confrontar o resultado de tal análise com o paradigma constitucional brasileiro e com os princípios fundamentais do Direito Penal que o integram, estudados no tópico acima.

Como resultado de tal confronto, o trabalho identificará na legislação penal pátria previsões incompatíveis com a Constituição, por definirem conteúdo para a sanção penal, que afronta os princípios constitucionais já examinados. Ao final, o estudo indicará, qual (ou quais)

dimensões justificacionistas foram consagradas pela Constituição de 1988, e o que ela (ou elas) definem sobre o conteúdo da sanção penal. O mesmo raciocínio virá, posteriormente, aplicado ao modelo socioeducativo brasileiro – como manifestação do direito penal juvenil – o que revela a relação da discussão empreendida com a questão de fundo deste estudo.

Em suma, a ideia é avaliar se a formatação das medidas socioeducativas, sobretudo às privativas de liberdade, se compatibilizam com a Constituição, sob a perspectiva das dimensões de justificação invocadas para sua imposição e das características definidas por tais dimensões.

1.2.2 Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro

A legislação nacional, destacadamente a constitucional, não traçou, de maneira específica e bem delimitada, quais seriam as finalidades a serem buscadas pelo sistema penal – que serviriam à justificação da intervenção punitiva.

Embora a Carta Magna tenha trazido disposições sobre a pena, como pontua Alamiro Velludo Salvador Netto, os dispositivos constitucionais sobre a matéria “destinam-se mais a conter excesso ou modalidades inaceitáveis de reprimenda, do que em postular de modo assertivo quais devem ser as reais finalidades alcançadas com as sanções”.¹⁰⁰ Nesse ponto, o autor se refere, especialmente, ao inciso XLVII do art. 5º da Constituição, que prescreve a vedação quanto à pena a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e e) cruéis – disposição que consagra, conforme assinalado acima, o “princípio da humanidade”.

No campo infraconstitucional, vale assinalar que apenas em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal, é que as finalidades da pena passaram a ser traduzidas legalmente no ordenamento jurídico do país. Até então, nenhum dos códigos penais antecessores trazia qualquer disposição sobre o assunto. Em concreto, o que fez a reforma de 1984, no tocante à questão, foi prever no art. 59 do Código Penal, ao tratar da fixação da pena, que esta seria definida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. No mesmo sentido, dispõe a Exposição de Motivos do referido diploma legal, em passagem que cuida da temática da aplicação da pena:

50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão "culpabilidade" em lugar de

¹⁰⁰ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 249.

"intensidade do dolo ou grau de culpa", visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, á vista de sua necessidade e eficácia para "**reprovação e prevenção do crime**". Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências (grifo nosso).

Entende a doutrina majoritária que, com tal redação, foram afirmados expressamente “os fins almejados pela punição e orientadores do procedimento de fixação [da pena]”.¹⁰¹ Trata-se de disposição, como se nota, que mescla retribuição (referenciado como reprovação) e prevenção.

Embora faça referência à prevenção, o Código penal não indica com precisão qual (ou quais) das distintas dimensões preventivas estaria consagrado no texto legal. .a despeito de existirem controvérsias sobre o tema, prevalece na doutrina o entendimento de que a prevenção do Código Penal deve ser tomada “como exemplaridade (prevenção geral positiva) e, de maneira secundária, como intimidação (prevenção geral negativa)”.¹⁰² Por ter adotado considerações de cunho retributivo e preventivo, diz-se que a legislação brasileira assumiu um caráter misto.¹⁰³

Ainda no campo infraconstitucional, merece destaque o art. 1º da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 –, que estabelece para a execução da pena o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O dispositivo contém afirmação que invoca a prevenção especial positiva como objetivo e fundamento da imposição da pena, mas, apesar de tal indicação, há divergências na doutrina com relação à conjugação entre o disposto no Código Penal e na LEP.

Como esclarece Netto, há quem entenda que a prevenção estatuída pelo legislador no Código Penal não teria incluído a dimensão especial. A indicação do Código, como se destacou, se consolidaria na prevenção geral – positiva e negativa – e na retribuição, todas essas dimensões ligadas à *definição* da pena. Desta feita, a prevenção especial positiva representaria uma finalidade adicional – como critério da *execução*.

¹⁰¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 252.

¹⁰² BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as penas e seus fundamentos em direito penal econômico. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes. **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 188.

¹⁰³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 253.

Outra interpretação possível, minoritária na literatura, é que a afirmação da LEP representaria apenas uma repetição do que o Código Penal já havia descrito: o Código menciona prevenção e retribuição, tendo contemplado, com isso, todas as dimensões preventivas. A LEP, por sua vez, estaria apenas realçando uma dessas dimensões preventivas já consagradas. De qualquer maneira, esse realce representaria a definição da ressocialização como objetivo “preponderante a ser buscado pelo Estado na fase executória”.¹⁰⁴

Em suma, a imprecisão da legislação dá ensejo a uma vastidão interpretativa. Tal panorama de indefinições se deve à falta de coerência normativa quanto à delimitação dos fins da pena.¹⁰⁵ Para além de todos os pontos já levantados, vale acrescentar que a própria LEP, que identifica a reintegração social do condenado como objetivo da execução da pena, traz uma série de disposições que desafiam essa afirmação – a possibilidade de imposição do regime disciplinar diferenciado, por exemplo, “mecanismo notório de exclusão”,¹⁰⁶ em nada se aproxima da prevenção especial positiva.

Mesmo que seja possível detectar nos dispositivos em análise a referência a uma dimensão preventiva para a pena, a maioria dos doutrinadores brasileiros – inclusive alguns dos mais clássicos e prestigiados – sempre demonstrou uma aproximação com as doutrinas absolutas ou com as doutrinas mistas (que mesclam prevenção e retribuição), de caráter preponderantemente retributivo. Dois grandes exemplos de defensores de uma clara visão retributiva – preponderante em relação à prevenção – seriam Nelson Hungria e Frederico Marques, consagrados autores das ciências penais brasileiras.¹⁰⁷ Haveria, ademais, autores que, identificando a pluralidade de perspectivas, e no intuito de compatibilizar a existência simultânea de todas elas, propuseram-se à elaboração de um modelo que divide os fundamentos e finalidades da pena de acordo com o momento de sua realização – a cominação, a fixação e a execução.

A proposição que mais repercutiu na literatura jurídica foi a de Heleno Fragoso, assim sintetizada por Netto:¹⁰⁸

¹⁰⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 255.

¹⁰⁵ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 266.

¹⁰⁶ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 266.

¹⁰⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 251.

¹⁰⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009 p. 252.

- no momento da cominação, a sanção estaria fundamentada na preservação da ordem e da segurança social, como medida de dissuasão da prática delinquente;
- na fase da aplicação da pena, a reprimenda se basearia na infração praticada e na demonstração, ao condenado, da efetividade da ameaça penal;
- por fim, a ressocialização seria o fundamento da punição invocado para justificar a execução propriamente dita da pena.

Notadamente, a proposição de Fragoso não estabelece de maneira direta a que dimensão retributiva ou preventiva estaria associado cada momento da realização da pena. Contudo, o modelo do autor serviu de base para que a doutrina trouxesse uma divisão mais pormenorizada – separação esta que se tornou consagrada nos manuais brasileiros, como bem exemplificam as lições de Cunha:¹⁰⁹

O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem tríplice finalidade (polifuncional):

(A) retributiva;

(B) preventiva;

(C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico. Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral.

Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa);

Praticado o crime, no momento da sentença (aplicação da pena) o magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial.

[...]

Por fim, na etapa da execução penal concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva.

Nota-se, portanto, que a interpretação preponderante na literatura jurídica brasileira é a de que a legislação infraconstitucional faz referência à retribuição e a todas as dimensões preventivas (geral e especial, positiva e negativa). Mesmo a prevenção especial negativa, que não se encontra diretamente referenciada na divisão acima exposta, pode ser identificada na legislação a partir de características detectadas no conteúdo da sanção penal, como o isolamento do detento, definido por meio da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Isso significa que, segundo o entendimento majoritário da doutrina penalística brasileira, todas as dimensões justificacionistas vieram consagradas pela legislação penal e, portanto, todas repercutem sobre o conteúdo da sanção penal. Ou seja: a pena, no Brasil, deve

¹⁰⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.396-398.

se formatar de maneira a buscar a satisfação simultânea da retribuição e da prevenção, em suas múltiplas acepções.

Tal constatação é evidentemente problemática, já que a pretensão de satisfazer, ao mesmo tempo, perspectivas de conteúdo tão distinto parece, de antemão, irrealizável. Outrossim, há de se ter conta que todas as perspectivas justificacionistas contemplam características problemáticas, uma vez que ofendem frontalmente postulados fundamentais do Direito Penal, previstos na Constituição Republicana de 1988. É o que se pretende demonstrar.

Para tanto, vale trazer as reflexões de Roig¹¹⁰ sobre o assunto. A respeito da dimensão justificacionista retributiva, o autor entende que a parte final do art. 59 do Código Penal, que referencia a “reprovação”, mostra-se constitucionalmente incongruente.¹¹¹ A própria premissa retributiva – a ideia de que o delito praticado é “compensado” pela pena – não se coaduna com os fundamentos democráticos consagrados pela Lei Maior. É tentativa falha de “trocar um mal pelo outro”, ou de justificar a violência pela violência, em evidente ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, Ferrajoli¹¹² indica que a pena não pode representar um fim em si mesmo, pois a existência do sistema punitivo não é autojustificável. O Direito Penal (e, de maneira geral, o próprio Estado, como concebido pelo autor) deve existir para atender aos interesses dos cidadãos e tutelar seus direitos. Um modelo retributivista é completamente incompatível com essa ideia e, portanto, com o paradigma do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

Outrossim, destaca Roig que a noção de retribuição se vincula, contemporaneamente, a uma ideia de “justiça” que se materializa na punição das condutas inadequadas ao senso moral dominante. Por tal perspectiva, o delinquente merece ser punido porque há a necessidade de se reprovar moralmente a conduta por ele praticada, buscando-se, assim, uma destinação ética para o Direito Penal¹¹³, que atribui à pena uma conotação moralizante, não jurídica¹¹⁴ e, portanto, inadmissível dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, que consagra a separação entre direito e moral. Tal visão é também problemática, porque deixa de considerar a diversidade de concepções morais existentes em uma sociedade plural.

¹¹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.118.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹¹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.120.

¹¹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 121.

O respeito aos postulados da dignidade da pessoa humana, da humanidade e da autonomia da vontade indicam que a definição da sanção penal e de seu *quantum* não podem se realizar por meio de critérios moralmente intolerantes ou discriminatórios. Ademais, a Lei Maior demanda que a aplicação da pena se atrele unicamente a um juízo objetivo e racional de responsabilidade (em atenção ao princípio da culpabilidade). Nesse sentido, o autor afirma que a “Constituição se apresenta como a garantia político criminal de que a pena privativa de liberdade não seja meio de retribuição moral”.¹¹⁵

Conforme expõe Roig:

Partindo-se dessa premissa, é imperioso sustentar que no atual Estado de Direito não há mais espaço para a reprovação moral ou ética de um indivíduo por parte do Estado e seus agentes. Em seu lugar, surge então o objetivo sentido de responsabilização jurídica (imputação estritamente jurídica) do indivíduo, sem qualquer conotação moral ou ética, e verificada tão somente pela ausência de certas causas que afastam a responsabilidade pessoal do agente.¹¹⁶

As dimensões preventivas referenciadas pela legislação infraconstitucional também colidem com os fundamentos da Constituição de 1988.¹¹⁷

Sobre a prevenção geral positiva, Ferrajoli¹¹⁸ assinala que atribui à pena a função de integração social e de reforçar a fidelidade do Estado e o conformismo das condutas. Na visão do italiano trata-se de modelo moralizante, de educação coletiva e orientação moral, que se mostra mais preocupado com a conservação do Estado do que com a tutela dos interesses dos indivíduos – daí o motivo de se opor a ele. Nesse sentido, mais uma vez, a separação entre direito e moral é subvertida, em flagrante ofensa aos postulados estudados:

- a) a legalidade é desafiada, na medida em que se admite a aplicação da pena não em razão da prática de um delito, mas a título de transmitir uma mensagem à sociedade;
- b) o mesmo raciocínio se aplica aos princípios da consequencialidade (entre pena e delito) e da culpabilidade (responsabilização penal subjetiva pela prática do ilícito);

¹¹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122.

¹¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 121.

¹¹⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244-246.

c) a humanidade é ofendida diante da instrumentalização do indivíduo, utilizado como meio em favor do alcance de um propósito de educação coletiva – em negação à dignidade da pessoa humana.

Ademais, acrescenta Roig que a utilização da pena como “mecanismo de adesão normativa”¹¹⁹ representa uma interferência inadmissível na esfera individual dos sujeitos não criminalizados. O Estado está a exigir não que o cidadão se comporte de determinada maneira, mas que adote determinada consciência. De acordo com o autor, a busca pela eficácia máxima na promoção da lealdade social conduz a uma busca pela maximização da sanção. Assim, tal dimensão justificacionista dirige o modelo penal para o rompimento dos limites punitivos, a título de alcançar tal objetivo. Há evidente incompatibilidade com o princípio da individualização da pena, posto que é a necessidade social que direciona a formatação da sanção, e não a individualidade da conduta praticada pelo delinquente.¹²⁰

A dimensão preventivo-geral se choca com a dignidade da pessoa humana, na medida em que legitima a pena a partir de um motivo utilitário – o indivíduo é tomado como mero instrumento na dinâmica de imposição da reprimenda, utilizado como exemplo para desincentivar que outros pratiquem delitos.¹²¹ Ademais, a pretensão de causar maior impacto sobre a sociedade conduz o Direito Penal à imposição de penas cada vez maiores – quanto mais pena, maior a dissuasão coletiva.¹²² Trata-se de lógica que ignora o postulado da culpabilidade (como medida da pena) e da consequencialidade (entre injusto e sanção).

A prevenção especial positiva é também objetada em razão de representar ofensa à individualidade (atributo da dignidade da pessoa humana) e ao direito de ser diferente, “em evidente afronta às bases do pluralismo”.¹²³ Além disso, essa dimensão justificacionista direciona a pena para um exercício de “ajustamento sociomoral do sentenciado”,¹²⁴ definindo a postergação do encarceramento em razão da não aderência do detento ao projeto de ressocialização que lhe é imposto. Com isso, acaba por intensificar sua exposição ao ambiente

¹¹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹²⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹²¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

¹²² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125.

¹²³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

¹²⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

do cárcere, sabidamente condutor de efeitos criminógenos, o que, paradoxalmente, acaba por desfavorecer o pretendido objetivo de ressocialização. O “tratamento” de reeducação (ou ressocialização) toma o condenado como um ser “perigoso”, perpetuando o paradigma do Direito Penal de autor,¹²⁵ que, como se viu, é incompatível com o modelo constitucional brasileiro.

A “pretensão de neutralização de condenados”¹²⁶ extraída da dimensão especial negativa também se revela incompatível com a sistemática constitucional brasileira. A perspectiva de segregar o indivíduo por meio da pena, de isolá-lo do convívio social e de suas necessidades fundamentais é uma das mais representativas negações do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, é paradigma que fomenta a imposição de sanções desarrazoadas.

Em sentido semelhante, Ferrajoli indica que as doutrinas da prevenção especial¹²⁷ representariam o uso do Direito Penal não para prevenir a prática de crimes, mas para transformar as personalidades desviantes – daí sua aproximação com o modelo do Direito Penal de autor, que nega os postulados da culpabilidade e da consequencialidade. Nesse sentido, conclui o autor pela impropriedade da dimensão especial positiva, uma vez que ela instrumentaliza a pena como ferramenta de moralização forçada do condenado. Na mesma esteira, ele afirma a inadequação da dimensão especial negativa, que toma o delinquentes como não merecedor do convívio social, em evidente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O levantamento de todas essas objeções às dimensões justificacionistas conduz Roig à conclusão de que as finalidades de reprovação e prevenção do crime traçadas na legislação penal são constitucionalmente incompatíveis, e os dispositivos que as referenciam não foram recepcionados pelo texto da Constituição de 1988.¹²⁸ Em seu argumento, o autor indica que a Carta de 1988 não apresenta um modelo de justificação da pena, mas se concentra em promover a contenção do poder punitivo.¹²⁹ Não haveria, no seu entendimento, “quaisquer aspirações de

¹²⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

¹²⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244-246.

¹²⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

¹²⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

balizamento da punição estatal a partir de finalidades a ela [a Constituição de 1988] projetadas”.¹³⁰

Percebe-se que o autor está a afirmar que a Constituição de 1988 consagrou a *perspectiva agnóstica* ou *negativa* quanto à pena, teoria que nega função de legitimação do fenômeno punitivo. Formulada por Zaffaroni, Batista, Alagia, e Slokar,¹³¹ a perspectiva agnóstica indica que a pena é incapaz de cumprir qualquer objetivo ou finalidade positiva, tratando-se simplesmente de um instrumento jurídico de controle ou de coação política. O Direito Penal funciona, em tal cenário, como instrumento de limitação ou de contração do poder punitivo, minimizando a incidência negativa da sanção criminal na sociedade.¹³² Como para Roig a Constituição não promove qualquer justificação da pena, mas se concentra em limitar a sua imposição, a associação com a perspectiva agnóstica se afigura como adequada.

Ocorre que, embora se reconheça grande pertinência nas reflexões compartilhadas pelo autor (relativamente às objeções levantadas em face das dimensões justificacionistas), este estudo discorda, muito respeitosamente, da conclusão por ele alcançada. Argumenta-se que, em verdade, a Constituição consagrou uma perspectiva de justificação – conforme será demonstrado –, o que fez a partir da previsão dos postulados principiológicos acima analisados. Para além de princípios de limitação do poder punitivo, esses postulados também funcionam como definidores de um sistema de legitimação para a imposição da pena, determinando, por consequência, as características adequadas de formatação da sanção penal. Nesse sentido, a legitimação promovida pela Constituição é condicionada ao alcance de diversas características, representando a maximização do objetivo do Estado Democrático de Direito.

Sobretudo, a objeção à conclusão de Roig é, diante do exposto, alicerçada na lógica. A percepção de que a Constituição legitima a imposição da pena, desde que esta se configure a partir dos critérios nela previstas, parece mais coerente do que a inferência de que o texto constitucional está negando legitimidade à pena, mas, ao mesmo tempo, admitindo sua imposição e limitando sua aplicação.

A compreensão sobre o modelo de justificação consagrado no Brasil – que, vale adiantar, se constrói em torno da prevenção geral negativa – demanda a realização de uma breve incursão teórica por proposições doutrinárias que se baseiam em tal dimensão. A ideia é que o

¹³⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1.

¹³² CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 177.

exame dos modelos teóricos selecionados evidencie a compatibilidade da prevenção geral negativa com o paradigma constitucional brasileiro. Serão três os modelos examinados: o modelo unificador de Roxin;¹³³ a teoria da intimidação de Feuerbach, revisitada e aprimorada por Greco;¹³⁴ e o “sistema garantista” de Ferrajoli.^{135 136 137}

Iniciando-se pela teoria unificadora, deve-se assinalar que a construção de Claus Roxin tem como ponto de partida o entendimento de que o fim da pena só pode ser de tipo preventivo.¹³⁸ Com isso, o autor rechaça as noções justificacionistas retributivas, apesar de admitir que a pena representa uma intervenção coercitiva do Estado, com evidente caráter repressivo.

Notadamente, a proposição unificadora de Roxin contemplaria conjuntamente a prevenção geral e a especial. Para o autor, as duas dimensões preventivas seriam igualmente legítimas, posto que os delitos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o particular quanto sobre a coletividade.

Para apresentar sua proposta, Roxin evidencia a existência de um possível obstáculo: a questão da compatibilidade na defesa da perseguição simultânea do fim preventivo geral e do fim preventivo especial. No entendimento do autor, não haveria problema algum em se atribuir à pena simultaneamente fins preventivos gerais e especiais. Em especial nos casos em que a pena declarada na sentença fosse adequada para alcançar eficazmente ambos os fins, a inexistência de problemas seria evidente.¹³⁹

Em contrapartida, haveria ocasiões em que o caso concreto não evidenciaria a existência de necessidades preventivas das duas dimensões. Para solucionar tais casos o autor assinala uma diretriz: o fim preventivo persiste, mesmo que a situação não requeira uma prevenção desde todos os pontos de vista ao mesmo tempo. Pode a sanção se basear unicamente no fim preventivo geral, se o caso concreto não apresenta perigo algum de reincidência – o que afastaria a necessidade da prevenção especial positiva.¹⁴⁰

Tal ideia – de que a legitimação da sanção não depende da existência simultânea das necessidades preventivas – tem especial importância nas ocasiões em que o condenado não

¹³³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. I. Madrid: Civitas, 1997.

¹³⁴ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

¹³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t.1. Madrid: Civitas, 1997. p. 95.

¹³⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 95.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 95.

colabora para uma execução ressocializadora da pena. Com efeito, como explica o professor alemão, uma pena que se proponha a compensar os defeitos de socialização do autor só poderá ser pedagogicamente eficaz quando se realizar a partir de uma relação de cooperação com o condenado. Uma socialização impositiva seria inadmissível e com poucas perspectivas de êxito.¹⁴¹ O condenado tem o direito de que o Estado o ajude na reinserção social que ele mesmo deseja,¹⁴² e o Estado pode insistir para despertar o interesse de colaboração do apenado, mas jamais forçá-lo.

Ocorre que, nas ocasiões em que a dimensão preventiva especial positiva não se realiza – em face da não adesão do apenado –, ainda assim, a pena deve ser executada, diante da necessidade de prevenção geral, suficiente à justificação da reprimenda.

O conflito entre as dimensões preventivas geral e especial só existiria na ocasião em que ambos os fins exigissem quantidades distintas de pena. Para explicar tal oposição – e apresentar sua solução – Roxin parte da análise do seguinte caso concreto:¹⁴³ um jovem que provoca uma lesão com resultado morte em uma briga. Com base na prevenção geral, haveria necessidade de imposição de três anos de reprimenda. Por outro lado, a apreciação da prevenção especial indicaria que um ano (com remissão condicional) seria o máximo possível de pena aplicável à situação – impor uma reprimenda maior do que essa representaria uma grave dessocialização do autor, podendo colaborar para sua eventual reincidência.

Debate o autor que escolher uma das opções indicadas seria privilegiar uma das dimensões preventivas em detrimento da outra. A solução desse conflito de finalidades estaria, para Roxin, no sopesamento entre ambas, com a definição de uma ordem de preferência: a prevenção especial deve prevalecer, de forma que, no caso analisado, a pena a ser aplicada seria a de um ano (com remissão condicional).

A eleição da prioridade da prevenção especial – em detrimento da geral – se deve a dois fatores elencados pelo autor: a) ao fato de a ressocialização representar um imperativo constitucional que não poderia ser desobedecido nas ocasiões em que fosse possível o seu alcance; b) à percepção de que, se prevalecesse a prevenção geral, o efeito de prevenção especial poderia ser prejudicado – no caso concreto avaliado, com aplicação de uma pena maior. Por outro lado, a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos de prevenção geral – mas se impõe como limitação a esta. Como bem esclarece o autor, trata-se de definir um *complexo equilíbrio*: a prevenção especial indicando que a pena não pode se prolongar ao ponto de

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.

¹⁴² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.

¹⁴³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 96-97.

prejudicar a ressocialização do apenado; a prevenção geral exigindo que a pena alcance um patamar mínimo para que não seja completamente ignorada:

*Es decir, por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la limitación. En muchos casos, aunque so siempre, el límite inferior del marco penal atende ya a la consagración del “mínimo preventivo general”.*¹⁴⁴

Ademais, em complemento à sua proposição, Roxin assinala que as dimensões preventivas teriam importâncias distintas ao longo do processo de aplicação do Direito Penal: a) a prevenção geral seria a finalidade ligada à cominação da pena em abstrato; b) a definição da pena em concreto na sentença deveria levar em conta as necessidades preventivas gerais e especiais (com a ressalva da situação de conflito entre ambas); c) na execução da pena, a prevenção especial assumiria papel de protagonista. Em resumo:

*La teoría preventiva mixta, acoge, pues, en su sueño los enfoques preventivos especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales, y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales, mientras que no se puede dar una pena preventiva especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución. La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden no concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que solo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.*¹⁴⁵

Como se destacou, Roxin se opõe à atribuição de finalidade retributiva para a pena. Contudo, invoca um elemento da teoria da retribuição, como componente de sua teoria preventiva mista: a saber, o princípio da culpabilidade como meio de limitação da pena.¹⁴⁶ Esclarece o autor que, em atenção ao comentado princípio, a pena não poderia, em sua duração, ultrapassar a medida da culpabilidade do autor, ainda que as necessidades preventivas, de qualquer dimensão, recomendassem uma detenção mais prolongada. Contudo, o princípio da culpabilidade serviria como postulado de contenção da intervenção estatal – e nunca como argumento para a acentuação punitiva. A pena não pode superar a medida da culpabilidade, mas não há necessidade de que tal medida seja completamente alcançada ao prejuízo das finalidades

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 97.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 98.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 99.

preventivas. É justamente nesse ponto que retribuição e culpabilidade se distinguem: a primeira, também associa a definição do *quantum* de pena com a medida da culpabilidade, mas exige que em todo caso a pena correspondente à culpabilidade seja integralmente imposta, independente da necessidade preventiva.¹⁴⁷

Passa-se, agora, à análise da teoria da intimidação.

Muito já se escreveu sobre a teoria da pena de Feuerbach – a denominada teoria da coação psicológica. Observa Luís Greco¹⁴⁸, contudo, que a maioria dos trabalhos dedicados à proposição do autor bávaro tratam-na como uma obra importante, porém um modelo do passado, superado, fruto de um pensador do nascimento do Estado Liberal. Por mais que seja revisitada frequentemente, não se considera a possibilidade de aproveitamento em concreto da teoria nos dias de hoje.

A visão de Greco se afasta desta percepção predominante na literatura jurídica. Em sua tese de doutorado – publicada em língua espanhola com o título *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* –, o autor promove uma investigação profunda da teoria da pena de Feuerbach e avalia o que dela sobrevive nos dias de hoje, o que foi refutado e o que merece ser aprimorado. A obra em comento traz minuciosa análise empreendida pelo brasileiro e, por si só, mereceria uma investigação detalhada. No entanto, este estudo se concentrará apenas em destacar os pontos centrais da análise em questão, muitos deles compilados na parte conclusiva da obra,¹⁴⁹ invocados para compor o debate que se realiza aqui, sobre a definição de diretrizes para a configuração de um modelo democrático de justificação do Direito Penal. O que se quer destacar especialmente é sob qual ou quais dimensões justificacionistas – retributivas ou preventivas – se sustenta a teoria de Feuerbach revisitada por Greco.

O primeiro ponto a ser evidenciado na teoria do autor bávaro é que a formatação idealizada por ele contempla uma distinção entre o conceito de pena e seus pressupostos de justificação. O referido conceito vem resumidamente apresentado como um mal corporal, que se inflige ao sujeito pela comissão de ações contrárias à lei, e apenas por elas.¹⁵⁰ Ademais, quanto aos pressupostos de justificação, a teoria de Feuerbach apresenta a ideia de que a fundamentação da pena deve ser pensada a partir de duas ações estatais – a cominação e a

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 101.

¹⁴⁸ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 26.

¹⁴⁹ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 399-409.

¹⁵⁰ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 55.

imposição. Os argumentos justificativos correspondentes a tais dimensões seriam, por sua vez, separados entre finalidades da pena e fundamentos jurídicos.

Haveria, nesse sentido, cinco afirmações na teoria da pena de Feurbach: o já comentado conceito de pena, e quatro assertivas quanto à sua justificação, a saber:¹⁵¹

- a finalidade da cominação penal – que seria a prevenção de delitos por meio da coação psicológica;
- a finalidade da imposição da pena – que seria a confirmação da realidade da cominação penal;
- o fundamento jurídico da cominação penal – sustentado na noção de que a cominação da pena não representa lesão de nenhum direito; e
- o fundamento jurídico da imposição da pena – que primeiro residiu numa noção de consentimento do autor, mas posteriormente deu lugar à afirmação de que seria, em verdade, a própria previsão legal da pena.

A obra de Greco analisa pormenorizadamente cada uma dessas afirmações. Neste trabalho, como já se destacou, interessam mais as diretrizes extraídas por Greco do exame realizado sobre a teoria de Feuerbach do que o aprofundamento nas discussões trazidas pelo autor brasileiro. É por isso que, apresentado o panorama geral da proposição de Feuerbach, o presente estudo se dedicará à análise das conclusões de Greco. A princípio, destaca-se que o conteúdo das afirmações de Feuerbach foi revisitado e aprimorado por Greco, notadamente¹⁵²:

- conceito de pena – se baseava na imposição de um mal corporal, foi complementado com a imposição de um mal comunicativo;
- intimidação psicológica – modificado funcionalmente, com referência às razões para atuar que se quer transmitir ao cidadão por meio da proibição;
- culpabilidade – ligada ao consentimento, foi ressignificada com base na noção de falta de prudência relativa à pena.

¹⁵¹ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 55.

¹⁵² GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 400.

No campo jurídico filosófico, duas questões fundamentais da construção de Feuerbach são levantadas por Greco:¹⁵³ a) a defesa de uma estrita separação entre direito e moral, da qual derivariam muitas de suas posições jurídico-penais, em especial, sua objeção à teoria da retribuição; e b) a afirmação da natureza do homem, de ser um fim em si mesmo, impedindo sua instrumentalização, bem como vedando a aplicação da pena de morte e adoção de um modelo penal de autor.

O verdadeiro núcleo do trabalho trata da “teoria da pena”, entendida como o conjunto de condições para a pena legítima. Como se destacou, a teoria da pena se dividiria em duas partes: a) a legitimação da cominação penal; e b) a legitimação da imposição da pena, que precisariam ser justificadas por distintas considerações, de dois tipos: fins e fundamentos.

Quanto ao fim da cominação penal, destacou-se que, para Feuerbach, seria a prevenção de delitos por meio da intimidação – a causação de um temor – obtida através da coação psicológica. Há aqui uma manifesta adoção da perspectiva de prevenção geral negativa como *finalidade da cominação da pena*.

Greco, por sua vez, partindo do mesmo modelo preventivo, propõe a introdução de um conceito de intimidação de viés funcional, resumidamente,¹⁵⁴ uma noção que parte da intuição liberal, que proíbe o Estado de dirigir moralmente seus cidadãos por meio da pena. Intimidar, segundo tal visão, seria oferecer uma razão prudencial para que alguém se comporte de certa maneira. Em outras palavras, o Estado prevê a pena em abstrato, como consequência inevitável da prática do crime. O cidadão que decidir pela delinquência deve levar em conta a possibilidade de sofrer a sanção caso prossiga com sua empreitada criminosa. Se quiser evitar a pena, o recomendável – ou o que indicaria a prudência – é que não pratique o crime.

O modelo proposto por Greco, a partir das ideias de Feuerbach, atribui à intimidação conteúdo psicológico extremamente reduzido. Não se propõe ao convencimento do cidadão – de que a conduta delincente é moralmente ruim e por isso intolerável –, apenas ao oferecimento de razões para que ele não cometa o crime, nem que seja para simplesmente evitar a reprimenda. Como consequência da adoção de um modelo justificacionista – quanto ao *fim da cominação* –, centrado na ideia de intimidação funcional (prevenção geral negativa), e da

¹⁵³ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 406.

¹⁵⁴ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 407.

defesa da estrita separação entre direito e moral, Greco *rechaça*¹⁵⁵ a *prevenção geral positiva*, entendida como uma forma de educação por meio da coação e da pena.

Relativamente ao fim da imposição da pena, Greco reafirma a construção de Feuerbach, assentando a noção de que consistiria na confirmação da realidade da cominação, impondo-se como consequência do princípio da legalidade. A adoção de tal noção representa uma vigorosa oposição a qualquer justificação inspirada em ideais de *ressocialização* (prevenção especial positiva) e *inocuidade* (prevenção especial negativa). Com efeito, Greco assinala que essas ideias não podem representar legítimas finalidades para imposição da pena – a primeira por não ser compatível com a legalidade e com a autonomia do cidadão, a segunda por não ser adequada à legalidade e ao caráter reativo da pena.¹⁵⁶ No mesmo sentido, a prevenção geral positiva e as teorias retributivas são também tidas como alternativas inviáveis, já que incompatíveis com a noção adotada.

Quanto ao fundamento jurídico da imposição da pena – a teoria de que o delincente consente com a própria punição –, vale trazer considerações mais detalhadas, pois tem especial pertinência com o debate que aqui se realiza.

O núcleo da teoria de Feuerbach¹⁵⁷ sobre o fundamento jurídico da imposição da pena é a ideia de que o cidadão que pratica um ato para o qual a lei prevê uma pena não apenas deseja o ato, como também a pena. Por isso, apontou o bávaro, em princípio, haveria um *consentimento* do delincente quanto à pena. Tal construção foi objeto de críticas de seus contemporâneos – notadamente, quanto ao efetivo consentimento do delincente em ser punido, tido como mera ficção. Feuerbach se esforçou em rebater tais objeções, defendendo uma noção normativa de consentimento, necessário e condicionado pelo conhecimento da cominação penal. Contudo, já na primeira edição de seu tratado, abandonou a referida noção. Adotou, a partir de então, a ideia de que o fundamento jurídico da imposição da pena seria *sua prévia cominação mediante uma lei*.

Entende Greco¹⁵⁸ que a teoria do consentimento de Feuerbach se dedicaria ao que hoje se entende como um conceito material de culpabilidade – ou seja, à justificação da pena frente ao condenado, e não frente à sociedade. Ainda que o autor bávaro não utilize a expressão

¹⁵⁵ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 407.

¹⁵⁶ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 407.

¹⁵⁷ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 373

¹⁵⁸ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 374.

culpabilidade, o paralelo parece possível, mesmo porque o uso do mencionado vocábulo não era corrente na época.

Contrariando as expectativas de que a mencionada teoria do consentimento estaria morta, já que não teve continuadores e foi abandonada muito cedo pelo próprio autor, Greco propõe sua revisitação e aprimoramento. Entende o autor brasileiro que a construção de Feuerbach é uma tentativa de se opor à noção até hoje admitida, que identifica a culpabilidade como reprovação dirigida ao autor, que decide por fazer o incorreto. Por tal noção, o fundamento de responsabilização estaria não na desobediência ao direito, mas no fato de que a conduta praticada foi errada. Em outras palavras, não importa ao Estado que o cidadão obedeça à lei, mas é necessário que ele o faça porque isso é o certo a se fazer.

Tal construção é tida como problemática, por representar um moralismo inadmissível.¹⁵⁹ O objetivo da teoria do consentimento é renunciar a uma valoração moral sobre a conduta dos cidadãos. O indivíduo tem direito de ser egoísta, de se manter distante da ordem jurídica e de determinar por quais razões seguirá ou não a lei. Ao Estado não cabe exigir do cidadão que cumpra a lei porque isso é o correto. Não interessa por qual razão o cidadão deixa de praticar o crime, basta que não o pratique, nem que seja pelo desejo de evitar a pena. Dessa forma, o Estado, segundo a teoria do consentimento, deve se limitar a impor, por meio da pena, razões referidas à prudência para que o indivíduo se comporte de acordo com o direito. Aquele que pratica o crime, ignorando tais razões, se sujeita à consequência previsível de suas próprias decisões. A responsabilização do autor não se ampara em seu desejo ou não de agir da maneira incorreta, mas se impõe como previsível – e, nesse sentido, desejada pelo próprio autor. Nota-se, que, por trás da construção de Feuerbach, encontra-se seu objetivo liberal de não exigir do cidadão uma conformidade com o direito por razões morais.

Por fim, dedica-se à análise da proposta de justificação do modelo garantista.

O modelo em questão se constrói em torno da prevenção geral negativa. Isso porque, na percepção do autor, tal dimensão é a única que se dirige a todos os indivíduos de maneira ampla – não valoriza aprioristicamente e não qualifica o potencial delincente com nenhuma carga moral negativa. Ferrajoli destaca duas perspectivas para a intimidação. Uma que se constrói por meio da ameaça, em abstrato, que a previsão legal dos delitos e das penas realiza sobre os indivíduos, desincentivando-os a prática delincente, e outra que se constrói a partir da ameaça, em concreto, da aplicação de pena exemplar nas condenações criminais, que causam mais temor na população em geral.

¹⁵⁹ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 376.

A preocupação de Ferrajoli é que essas duas dimensões da intimidação podem levar a raciocínios autoritários. Se a pena em abstrato deve intimidar, ela caminhará cada vez mais para a severidade, para que se torne cada vez mais intimidadora. No mesmo sentido, se a aplicação da pena deve ser exemplar, é possível que, no caso concreto, aplique-se uma pena mais gravosa (a despeito das circunstâncias do delito) só para atender a essa dimensão de amedrontamento. Além disso, sob tal raciocínio, o ser humano estaria sendo utilizado como fim para atingir um meio preventivo, instrumentalização tida como inadmissível.

Com base nessas colocações, o autor apresenta sua perspectiva justificacionista, em defesa de um modelo que leva em conta a noção de que o Direito Penal não deve apenas prevenir delitos, mas igualmente prevenir as punições excessivas e arbitrárias. É só assim que Ferrajoli admite uma referência à perspectiva da prevenção geral negativa, afirmando que esse paradigma deve servir como limite máximo do Direito Penal. A pena deve chegar ao ponto máximo de que a “violência” que ela representa não supere as violências que ela pretende prevenir. Em contrapartida, a pena deve também respeitar um limite mínimo, para impedir que seja desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extrapenais, fazendo a sociedade recorrer à autocomposição.

Nas palavras do próprio autor:

“Nenhum homem”, escreveu Beccaria, “fez doação gratuita de parte da própria liberdade em favor do bem público”. Foi de fato “a necessidade que obriga os homens a ceder parte da própria liberdade: é absolutamente certo que ninguém quer colocar no depósito público nada além da mínima porção possível, apenas aquela que basta para induzir os outros a defendê-lo. Tudo o mais é abuso e não justiça, é fato mas não ainda direito.

Se este é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantias de todos: da maioria “não desviada”, mas também da minoria “desviada”, que portanto se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas.¹⁶⁰

Como bem sintetiza Salo de Carvalho:

Para sublimar os efeitos incongruentes das teorias justificacionistas e abolicionistas da pena, Ferrajoli funda seu modelo de utilitarismo *reformato* segundo o argumento da pena mínima necessária. Negando a tradição liberal anti-iluminista, o autor concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas principalmente como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem,

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos Seditiosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002. p. 33.

espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardiã do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento da lesão interindividual e/ou pública – plano institucional. Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado, seria o escopo deste novo modelo de direito: garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo.¹⁶¹

A análise dos três modelos paradigmáticos avaliados, ainda que breve, permite a extração de algumas considerações. A primeira delas, na esteira do que apontou Roig, é que se vislumbram graves contradições entre as dimensões retributiva e preventiva e os postulados fundamentais do Direito Penal estudados.

A perspectiva retributiva veio duramente rechaçada por todos os autores. Trata-se, como se viu, de noção autoritária, que se propõe a justificar a pena como um fim em si mesmo. Em concreto, nem parece ser uma justificativa – mas uma resposta evasiva ao dever de justificar a reprimenda, uma mera afirmação da necessidade da pena, que se satisfaz na própria sanção.

A retribuição, como *legitimação* da pena, não parece ter qualquer compatibilidade com o paradigma constitucional brasileiro. Contudo, há um lugar para a adoção de uma lógica retributiva – e ele vem delineado na construção de Roxin quanto à culpabilidade. O que se invoca da retribuição é o uso de um *raciocínio retributivo* para a definição da sanção – a pena proporcional à medida da culpabilidade, apenas como métrica de limitação da intervenção punitiva, nunca como argumento para a acentuação da reprimenda. É como se destacou: a pena não pode superar a medida da culpabilidade, mas não há necessidade de que tal medida seja completamente alcançada ao prejuízo das finalidades preventivas.

Também se revelou que a prevenção especial negativa é dimensão inapta à justificação da pena no modelo penal brasileiro. De fato, trata-se da dimensão cuja detecção no ordenamento jurídico brasileiro se mostra menos evidente, verificando-se apenas alguns dispositivos da LEP que preveem medidas compatíveis com tal noção – mas não a afirmação propriamente dita de que ela representaria a justificativa para a imposição da pena. A bibliografia analisada, como se vê, não traz qualquer manifestação admitindo tal dimensão como legítima à fundamentação da pena – mas, ao contrário, evidencia sua incompatibilidade com o princípio da humanidade.

A prevenção geral positiva também é duramente objetada. Os argumentos de Ferrajoli e Feuerbach (complementado por Greco) rechaçam a referida dimensão, notadamente diante da

¹⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris:2008. p.147.

necessidade da separação entre direito e moral, sustentada pelos autores e que os leva a perceber, na perspectiva preventiva, um exercício de moralização e de educação coativa, que se mostra mais preocupado com a conservação do Estado do que com a tutela dos interesses dos indivíduos.

Além disso, por mais que Roxin discuta a admissibilidade de uma dimensão preventiva positiva, indica uma preponderância da prevenção *especial* positiva – marcadamente ligada à execução da pena. Esta última, a seu turno, seria objeto de controvérsia diante dos modelos analisados: se, de um lado, é rejeitada por ser considerada ofensiva à legalidade e à autonomia do cidadão (Feuerbach-Greco) ou modelo de coação e moralização (Ferrajoli), de outro, é afirmada, e mais do que isso, designada como dimensão prevalente em relação às demais perspectivas justificacionistas, caso haja confronto entre elas (Roxin).

Para dar solução à comentada controvérsia, será necessário confrontar as perspectivas em apreço. E, nesse embate, há um ponto essencial a ser considerado: a detecção de uma possível incoerência na proposição de Roxin.

Com efeito, o caráter autoritário e moralizante da perspectiva preventivo-especial positiva não passou despercebido por Roxin. Verifica-se, todavia, que, enquanto os demais modelos analisados, diante da detecção do mesmo óbice, optaram por rechaçar a mencionada dimensão preventiva, o modelo do autor alemão tenta contornar o problema, concentrando-se em um de seus aspectos: o caráter *impositivo* do exercício de ressocialização. Conforme apontado acima, na visão de Roxin, uma socialização *impositiva* seria não apenas inadmissível, como também potencialmente pouco exitosa. Ademais, para o comentado autor, a invocação da dimensão preventivo-especial positiva não representa autorização para que o Estado force o condenado a atuar em favor da sua ressocialização, apenas para que insista em despertar o interesse de colaboração do apenado.

Ocorre que, apesar de afirmar a centralidade da comentada dimensão preventiva, Roxin também esvazia significativamente o conteúdo dessa mesma assertiva ao definir que, nas ocasiões em que a dimensão preventivo-especial positiva não se realiza (em face da não adesão do apenado), ainda assim, a pena deveria ser executada, diante da necessidade de prevenção geral, suficiente à justificação da reprimenda. Além disso, assinala o autor que a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos de prevenção geral – mas se impõe como limitação a esta. Trata-se do já referido *complexo equilíbrio*: a prevenção especial indicando que a pena não pode se prolongar a ponto de prejudicar a ressocialização do apenado; a prevenção geral exigindo que a pena alcance um patamar mínimo para que não seja completamente ignorada.

Estaria aí a incoerência, que aqui quer se destacar, muito respeitosamente, a partir dos seguintes pontos:

- cuida-se de modelo que invoca a prevenção especial positiva como justificativa da pena, ou seja, proposição que defende a necessidade de imposição da sanção penal como indispensável ao alcance de uma pretendida ressocialização do apenado;
- apesar de manifestar a necessidade de que se efetive o comentado exercício ressocializante, a mesma proposição teórica indica que tal exercício não pode se realizar de maneira impositiva. Em outras palavras, é exercício necessário, mas não acontecerá *necessariamente*, depende da adesão voluntária do apenado;
- a prevenção especial positiva é, ao mesmo tempo, não essencial para que se execute a pena e a dimensão mais importante de justificação da reprimenda.

A breve análise da proposição de Roxin que aqui se realizou não permite chegar a conclusões definitivas, mas, ao menos, conduz à impressão de que a grande preocupação do autor, ao invocar a referida dimensão preventiva, foi a de promover uma limitação para o exercício punitivo, especialmente relacionada à definição do *quantum* de pena. É o que indica a análise do caso sucintamente debatido (do autor da lesão corporal) e do abreviado exame da construção que se denominou “complexo equilíbrio” – nos dois tópicos, a prevenção especial serve ao propósito de impedir que a pena se prolongue a ponto de prejudicar a ressocialização do apenado. Não obstante, a formatação proposta pelo autor alemão parece não ter sido bem-sucedida em tal empreitada, já que seu modelo impõe a aplicação da pena mesmo diante da ausência da necessidade preventivo-especial positiva. Daí a dificuldade de se identificar qualquer função limitadora na comentada dimensão preventiva, tendo em vista sua dispensabilidade.

Ademais, não parece *coerente* afirmar que a prevenção especial positiva é finalidade que justifica a pena, mas também é dispensável à sua justificação – por mais sofisticado que seja o argumento de Roxin. Em suma, a pena se justifica a despeito da prevenção especial.

Aqui, não se está a defender que a execução da pena deva ignorar qualquer perspectiva de contribuição à reintegração social do apenado e à efetivação de seus direitos fundamentais. Em grande parte, concorda-se com Roxin no sentido de que tal dimensão é sim necessária e que é *dever* do Estado buscá-la, oferecendo condições e insistindo para obter a colaboração do detento, mas nunca subjugando sua vontade. O que se quer afirmar é que tal perspectiva, por mais desejável que seja, *não representa a justificativa da pena*, mas um dever que se impõe ao

Estado, como consequência da natureza democrática da República e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, manifestamente consagrado na Constituição de 1988.

A derradeira dimensão preventiva – geral negativa – é a única que se mostrou compatível com o paradigma constitucional brasileiro e com os postulados fundamentais do direito penal analisados. Em verdade, não é que não tenha sido refutada, mas foi verdadeiramente reconhecida como a única finalidade capaz de legitimar a intervenção punitiva. Nas proposições de Ferrajoli e Feuerbach (acrescida pelas considerações de Greco), a eleição da comentada dimensão como fundante do modelo justificacionista adotado é evidente.

O modelo do “sistema garantista”, conforme comentado, adotou a mencionada perspectiva preventiva – mas o fez com uma série de ressalvas:

- sua adoção se deu quase que por eliminação, após o rechaço das demais dimensões preventivas e diante da constatação de que apenas a prevenção geral negativa não traria consigo uma perspectiva moralizante, por se pretender somente a prevenção da prática delinvente a partir da intimidação;
- a prevenção geral negativa seria tomada como uma das variáveis da equação que define as balizas da pena. Um limite máximo – que leva em conta que a pena é uma “violência” que não pode superar as violências que ela pretende prevenir; e um limite mínimo, voltado a impedir que a sanção penal fosse desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extrapenais;
- a única finalidade da pena capaz de legitimá-la seria a intimidação, mas uma intimidação específica, limitada dos dois lados, não podendo servir nem ao aumento nem à diminuição extrema da reprimenda.

No modelo de Roxin, a afirmação sobre a adoção exclusiva da dimensão preventivo-geral negativa não se revela diretamente. Ela é admitida pelo autor, mas se soma à dimensão da prevenção especial positiva. Apenas com base no raciocínio que se desenvolveu aqui – de que a prevenção especial positiva não seria propriamente uma finalidade justificativa da pena, mas um dever imposto ao Estado – é que se pode consolidar o entendimento de que, também no modelo do autor alemão, restaria somente a prevenção geral negativa à fundamentação da pena.

Curioso notar que existe, em certa medida, um paralelo entre as construções de Roxin e Ferrajoli relativamente ao papel da prevenção geral na definição das divisas da pena. Nos dois modelos, percebe-se uma preocupação com a ideia de intimidação. Isso porque, assumindo que a finalidade da pena é amedrontar o potencial delinvente e dissuadi-lo da prática do ilícito, a

efetivação da comentada finalidade poderia conduzir ao aumento rigoroso e extremado das penas, por meio do raciocínio de que quanto maior a ameaça da sanção, maior seria a intimidação. Ocorre que, como se destacou, as duas proposições teóricas trazem diretrizes para limitar tal raciocínio – e o conseqüente agravamento desmedido das sanções. Em ambos os modelos, a perspectiva da intimidação é tomada em conta como limite mínimo, apenas para se evitar que a pena seja muito branda e, com isso, perca todo seu potencial de dissuasão, sendo ignorada.

O modelo de Feuerbach, complementado por Greco, também elege a prevenção geral negativa como única dimensão preventiva adequada a legitimar a intervenção penal. Como se destacou, a proposição em comento divide a questão da justificação da pena em duas fases e em duas dimensões de argumentos – cominação e imposição, fins e fundamentos. A prevenção geral negativa é definida como o fim da cominação da pena – a ideia da prevenção de delitos por meio da intimidação.

Em defesa dessa escolha (pela comentada dimensão preventiva), Greco traz reflexões decisivas. É o que se observa do raciocínio desenvolvido pelo autor para consolidar o conceito de intimidação, que se alicerça em uma noção marcadamente limitadora do exercício punitivo: a proibição do Estado de dirigir moralmente seus cidadãos por meio da pena. E, vale repetir, não se propõe ao convencimento do cidadão de que a conduta delincente é moralmente ruim e, por isso, intolerável, mas apenas ao oferecimento de razões para que ele não cometa o crime, nem que seja para simplesmente evitar a reprimenda.

Também o debate realizado sobre a noção de consentimento, por mais que se trate de concepção ligada *ao fundamento da imposição* da pena, oferece elementos para sustentar a afirmação da prevenção geral negativa como finalidade legítima à justificação da pena. Reprisando o exposto, o objetivo da teoria do consentimento é renunciar a uma valoração moral sobre a conduta dos cidadãos. O indivíduo tem direito de ser egoísta, de se manter distante da ordem jurídica e de determinar por quais razões seguirá ou não a lei. Como se destacou acima, não interessa por qual razão o cidadão deixa de praticar o crime, basta que não o pratique, nem que seja pelo desejo de evitar a pena.

A construção de Greco não só justifica a escolha da prevenção geral negativa como revela a inadmissibilidade das demais perspectivas preventivas ou retributivas. As ideias que aqui se destacam – a necessária limitação da intervenção do Estado e a separação entre direito e moral – apresentam-se como o *argumento definitivo* contra qualquer justificação da pena que se ampare na noção de educação moral, socialização impositiva, neutralização ou mesmo retribuição.

1.3 Unidade do poder de punir: considerações elementares

Este trabalho examina, conforme assinalado, o modelo socioeducativo brasileiro, entendendo-o como manifestação do poder punitivo estatal. O estudo invoca a aplicação de garantias previstas no Direito Penal comum para a sistemática de imposição de reprimendas privativas de liberdade contra adolescentes, reconhecendo no modelo punitivo juvenil natureza de Direito Penal especial.

A ideia de incorporação de garantias com *status* constitucional ao modelo de atendimento ao adolescente em conflito com a lei traz à tona um debate importante e que ainda gera controvérsias dentro da literatura jurídica nacional: a ideia da existência de um *ius puniendi* estatal único, o qual contemplaria um rol de garantias mínimas cuja observação faz-se imprescindível em qualquer de suas manifestações.

Não se detecta abundante bibliografia a tratar da questão. Ao menos na doutrina nacional, os autores que se aventuram em tal seara o fazem a partir de um ponto de vista bastante específico: a discussão entre as fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

Nesse cenário, vale destacar a tese de livre docência de Helena Regina Lobo da Costa, apresentada junto à Faculdade de Direito da USP, em 2013. A obra em comento, intitulada *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, dedica um de seus tópicos ao debate da unidade do *ius puniendi* estatal.

Comenta Lobo que a tese que identifica Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador como manifestações de um mesmo poder punitivo unificado teve, nas últimas décadas, grande adesão na doutrina e na jurisprudência espanholas.¹⁶² Naquele país, a comentada ideia se consolidou, especialmente, em razão de ter sido reconhecida uma coincidência de diretrizes estruturais entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – razão pela qual o Tribunal Constitucional Espanhol manifestou o entendimento de que os princípios informadores do Direito Penal têm aplicação também no Direito Administrativo Sancionador.¹⁶³

¹⁶² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.173.

¹⁶³ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.173.

A doutrina se posicionou na mesma direção, destacando que, no caso de infrações das duas naturezas, haveria o atingimento de um interesse público, decorrente da comissão de infrações, o que aproximaria as duas modalidades de ilícito.¹⁶⁴

No Brasil, a concepção encontrou adeptos, mas também objetores. Miguel Reale Júnior, por exemplo, defende a existência de um *ius puniendi* geral, o que traria como consequência a aplicação – tanto na esfera penal quanto para a administrativa sancionadora – dos mesmos postulados de limitação frente ao poder de punir do Estado. Tais princípios, vale destacar, teriam base constitucional. Sua posição fica evidente na passagem abaixo:

O certo, contudo, é a existência de um *jus puniendi* geral, ao qual se aplica um regime jurídico do Estado punitivo consoante com o Estado de Direito, independentemente da adoção de teoria de diferenciação qualitativa ou quantitativa entre ilícito penal e administrativo.

No entanto, seguindo a maioria da doutrina e da jurisprudência, entendo que não há diferença estrutural, mas apenas normativa entre os dois tipos de ilícitos, o que torna ainda mais patente a aplicação ao campo do ilícito administrativo dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo.¹⁶⁵

Em sentido oposto, destaca-se na doutrina nacional a posição de Fábio Medina Osório, autor que dedica parte considerável da obra *Direito Administrativo Sancionador* a discutir a tese da unidade do *ius puniendi* estatal e revelar as deficiências e contradições da construção em questão. Apesar de se filiar a doutrina adversarial à de Reale Júnior, a conclusão que Osório extrai de seu exame encontra importante ponto de confluência com as ideias do primeiro autor referenciado. Notadamente, na obra dos dois autores, percebe-se a ideia da existência de um núcleo *constitucional* de postulados que se dirigem à limitação do poder punitivo estatal. Enquanto, para Reale, tal característica serve à afirmação da unidade, para Osório, serve ao oposto.

Identifica-se, na lição de Osório, o seguinte raciocínio: se os postulados são máximas de ordem constitucional, cláusulas comuns de limitação do direito público, não há que se falar em identidade entre as esferas penal e administrativa sancionadora, ou mesmo de unidade do exercício do poder de punir. Basta a referência à Constituição e ao *status* que a Lei Maior possui para que a aplicabilidade de tais postulados se afigure como admissível. Em contrapartida,

¹⁶⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.174.

¹⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

apesar de haver uma carga principiológica comum, a aplicação desses postulados não se daria de maneira idêntica nas duas esferas. As peculiaridades de cada seara teriam de ser atendidas.

Nas palavras do autor:

De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República.

A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais.

Em realidade, a unidade nada mais é que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador obedecem a comandos constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal.¹⁶⁶

Com efeito, Lobo também manifesta oposição à tese da unidade do poder punitivo estatal. Para a referenciada autora, há de se reconhecer a existência de distinções entre as duas esferas – ainda que de natureza quantitativa. No mesmo sentido, as garantias presentes nas referidas searas são também distintas. Ainda que seja desejável invocar a aplicação do arcabouço de prerrogativas do Direito Penal para o campo administrativo sancionador, a aplicação dessas garantias demandaria a adaptação delas às nuances e às peculiaridades da esfera administrativa. Desta feita, o argumento da unidade do *ius puniendi* se vê enfraquecido.

Em contrapartida, nota-se que a postura defendida por Lobo não é a da simples abdicação das prerrogativas de garantia idealizadas para a esfera penal, refutada a decisão de unidade punitiva. Ao contrário, a concepção trazida pela autora é a de reconhecer a existência de postulados que são princípios comuns da repressão jurídica, com assento constitucional, não se tratando de soluções importadas do Direito Penal.

A exigência de normas mais rigorosas – ou seja, que mais rigorosamente limitem o exercício punitivo estatal – não decorre, na visão de Lobo, de uma identidade da seara administrativa com o campo penal, mas do fato de ambos os campos cuidarem de intervenção estatal na esfera de direitos fundamentais, em decorrência da prática de ilícitos.¹⁶⁷ Em suma,

¹⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 167-168.

¹⁶⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.177.

haveria um “regime sancionador mínimo”¹⁶⁸, vinculado à teoria geral do direito e à função pública, que decorre de fundamentos constitucionais. Nesse regime é que se encontram as disposições de limitação ao poder punitivo, que importam tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Administrativo – e, extrapolando o argumento da autora, a *qualquer intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais do cidadão em razão da prática de ilícitos*.

Vale transcrever o trecho que sintetiza as ideias da autora:

Por fim, é necessário deixar claro que a compreensão aqui adotada acaba por chegar a resultados jurídicos muitos semelhantes à tese do *ius puniendi* único. Entretanto, apresenta justificativa mais calçada, pois não depende do reconhecimento de identidade entre direito penal e direito administrativo sancionador, o que configura, consoante analisado anteriormente, matéria extremamente controvertida. Para concluir pela incidência de um regime mais rigoroso no campo do direito administrativo sancionador, basta reconhecer suas próprias características, quais sejam: imposição de restrição de direito fundamental a um particular pelo Estado, com base na prática de ilícito. A partir daqui, deve passar a incidir, com fundamento na Constituição, uma série de garantias e normas protetivas do particular e delimitadoras do âmbito de atuação estatal.¹⁶⁹

O que se extrai do breve exame aqui realizado é a constatação de que, apesar de haver dissenso quanto à ideia de unidade do *ius puniendi* estatal, as posições em disputa trazem como denominador comum a ideia de que existe, no texto da Constituição de 1988, uma série de postulados que se impõem como máximas de limitação da atuação estatal. Os comentados princípios, em razão de seu *status* constitucional – independentemente de se atribuir ou não natureza penal a eles –, demandam respeito em todas as searas do direito público.

Enquanto um lado indica a plena e imediata possibilidade de importação das garantias penais para todas as ocasiões em que estiver em jogo a atuação estatal sobre os direitos do cidadão, notadamente quando tal interferência se der em razão da prática de ilícitos, a outra vertente assinala que as máximas de limitação constitucional ao exercício estatal merecem ser aplicadas de maneira específica em cada campo, respeitando-se as peculiaridades das diversas searas do direito público.

¹⁶⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem*** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.177.

¹⁶⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem*** como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2013. p.178.

2 O MODELO PENAL JUVENIL BRASILEIRO

O objetivo do capítulo inaugural deste estudo foi apresentar algumas das características fundamentais a que o Direito Penal deve atender de maneira a se compatibilizar com o texto da Constituição de 1988, com o paradigma do Estado Democrático de Direito por ela consagrado e com os princípios nela esculpidos. Notadamente, a pesquisa realizada se concentrou em indicar atributos do modelo punitivo ligados à sistemática de imposição e de cumprimento da reprimenda penal.

No campo dos princípios penais constitucionais, a análise empreendida permitiu a extração de algumas considerações, compartilhadas no item 1.1.6, que podem ser assim sintetizadas:

- sobre o modelo de imposição das reprimendas penais – o arcabouço constitucional brasileiro autoriza a imposição de pena somente em razão da prática de condutas previstas previamente como delitos. Pensamentos, ideias ou convicções que não se manifestam no mundo exterior não têm o condão de autorizar a aplicação de sanção penal. No mesmo sentido, características ou condições do indivíduo não podem servir como justificativa para sua punição;
- sobre o modelo de cumprimento das penas – o Estado deve respeitar a autonomia moral do indivíduo. O arcabouço constitucional não autoriza a intervenção no cidadão com o propósito de promover sua transformação moral ou de exercer sua “ressocialização” de maneira coativa.

O debate sobre o modelo de justificação da pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro teve o mesmo propósito – extrair de tal exame prescrições sobre a formação da sanção penal e de seu modelo de aplicação. Mais do que uma compreensão profunda sobre a dimensão justificacionista adotada pela Constituição de 1988, buscou-se identificar em que medida a perspectiva de justificação escolhida pela Lei Maior repercute sobre a dinâmica penal. As conclusões obtidas a partir de tal análise têm conteúdo evidentemente complementar com o que se extraiu da pesquisa sobre os princípios penais constitucionais.

A separação entre direito e moral – como corolário de um modelo democrático, comprometido com a proteção da diversidade e das individualidades – veio reafirmada na análise empreendida. Por consequência, verificou-se a impossibilidade de imposição de reprimendas com caráter moralizante ou orientadas pela perspectiva de promover um exercício

forçado de reintegração social do apenado. Ademais, legalidade, culpabilidade e consequencialidade são consagradas, tendo em vista que somente a conduta culpável é legitimada para justificar a aplicação da pena.

A presente pesquisa prossegue em direção à sua questão central – a análise do modelo de Direito Penal Juvenil brasileiro. O exame a ser realizado indicará que o modelo de imposição de reprimendas em face do público jovem, sobretudo a privação de liberdade, ofende as diretrizes compiladas no capítulo inaugural sobre a formatação do modelo punitivo compatível com o arcabouço constitucional vigente. Caberá, então, analisar em que medida os postulados de limitação constitucionais idealizados para o Direito Penal podem impactar o modelo socioeducativo brasileiro.

2.1 Síntese da sistemática atual - formatação teórica, aplicação e execução das medidas socioeducativas

O ECA define, no art. 2º, os conceitos de criança e adolescente, indicando, ademais, a quem se aplicam suas disposições:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Detectam-se, portanto, três categorias de indivíduos submetidos à sistemática do Estatuto: a) crianças (até 12 anos de idade incompletos); b) adolescentes (entre 12 e 18 anos de idade incompletos); e c) adultos (a partir dos 18 até os 21 anos de idade).

A prática de ato infracional – a denominação que se dá à conduta descrita como crime ou contravenção penal quando realizada por menor de 18 anos de idade, nos termos do art. 103 do ECA – traz consequências diferentes, a depender da idade daquele que o pratica. Nos termos do art. 105 do ECA, às *crianças* que praticam ato infracional só podem ser aplicadas as *medidas protetivas*, elencadas no art. 101, que invoca o conteúdo do art. 98 do mesmo diploma, a saber:

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.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

Aos adolescentes e aos jovens adultos (até os 21 anos de idade) – e somente a eles – aplicam-se as *medidas socioeducativas*.

No caso dos jovens adultos, tem-se uma aplicação excepcional relativa às medidas de internação e semiliberdade. A excepcionalidade da situação envolve o estabelecimento de disposições que limitam seu emprego, a saber: a) a exigência de que, à época do fato, o agente fosse adolescente; b) o prazo máximo de cumprimento da reprimenda (internação ou semiliberdade) é de três anos – art. 121, § 3º, do ECA; c) independentemente da idade em que o jovem adulto inicie a execução da medida, deverá ser compulsoriamente desligado ao completar 21 anos de idade – art. 121, § 5º, do ECA.

O Estatuto estabelece, ademais, um rito específico para a imposição das reprimendas socioeducativas. Trata-se do procedimento de apuração e julgamento do ato infracional, disciplinado especialmente pela “Seção V” do diploma legal em exame. Este estudo se concentra *nas questões envolvendo a definição da medida socioeducativa a ser aplicada ao final do rito e na execução das reprimendas* – e não no funcionamento detalhado do processo infracional. Contudo, vale trazer uma explicação sintética do feito.

Uma característica que merece ser destacada sobre o procedimento infracional é sua celeridade, tendo em vista que a dinâmica que se desenvolve a partir do flagrante do ato infracional é relativamente simples e marcadamente acelerada.

Apreendido o adolescente em flagrante, ele deve ser imediatamente encaminhado à autoridade policial (art. 172 do ECA). Na ocasião, pode ser liberado, mediante o comparecimento dos pais ou responsáveis, ou ser mantido acautelado, “para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (art. 174 do ECA). Não sendo liberado, deverá ser imediatamente (ou, no máximo, no prazo de 24 horas) apresentado a representante do Ministério Público, para realização de oitiva informal (art. 175 do ECA). Finda a oitiva, o representante do *parquet*, por sua vez, manifesta-se sobre o feito, podendo (art. 180 do ECA):

I - promover o arquivamento dos autos; II - conceder a remissão; III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

Sendo oferecida representação, o rito prossegue, com a remessa dos autos ao Poder Judiciário, que deve se manifestar imediatamente sobre o *status* da liberdade do adolescente, ou seja, definir se ele responderá ao processo em liberdade ou se deverá permanecer internado provisoriamente (art. 184 do ECA). Ademais, deve ser designada audiência de apresentação, que se destina à realização de oitiva do adolescente junto à autoridade judiciária (art. 184 do ECA), depois da qual pode ser designada audiência em continuação (Art. 186, §§ 2º, 3º e 4º, do ECA), a fim de se realizar a oitiva de demais envolvidos (vítimas, testemunhas etc.).

Estando o adolescente internado provisoriamente, deve ser proferida sentença no prazo de 45 dias, a contar de sua apreensão. Findo esse prazo – improrrogável, destaque-se –, não havendo decisão, o adolescente deve ser colocado em liberdade (art. 183 do ECA). Em suma, o procedimento de apuração e julgamento de ato infracional se desenvolve, na prática, num prazo máximo de 45 dias – com a realização de uma ou, no máximo, duas audiências, sem haver praticamente qualquer tempo para realização de investigações policiais e mesmo para o desenvolvimento de diligências no curso do processo.

O procedimento se encerra com a condenação ou a absolvição do adolescente. Havendo condenação, o ECA prevê, em seu art. 112, a possibilidade de aplicação de 6 medidas socioeducativas.

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

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- [...].

As medidas de internação e semiliberdade, as mais gravosas delas (pois contemplam a privação de liberdade), estão previstas nos arts. 120 e 121 do ECA:

Do Regime de Semi-liberdade

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

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Da Internação

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

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

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

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

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

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

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

É também possível a aplicação aos adolescentes das medidas protetivas, de maneira isolada ou cumulada com as medidas socioeducativas, conforme disposição do art. 112 do ECA.

O presente estudo *não examina a sistemática de aplicação/execução das medidas protetivas do ECA* – tanto no que se refere ao atendimento à criança que pratica ato infracional, quanto à sua eventual aplicação em face do público adolescente/jovem adulto. O que se quer analisar é a sistemática em vigor para o *modelo socioeducativo*, especialmente, as medidas de internação e semiliberdade – reprimendas privativas de liberdade, nas quais se detectam *atributos problemáticos, a serem enfrentados adiante*.

Neste ponto, parece necessário trazer uma breve explicação a respeito de cada uma das medidas elencadas. Há de se destacar, inicialmente, que as reprimendas seguem uma lógica de *gravidade* ou *severidade*, progredindo no nível de restrição de direitos que determinam.

A advertência, conforme dicção legal (art. 115 do ECA), representa uma admoestação verbal reduzida a termo.

A obrigação de reparar o dano (art. 116 do ECA), por sua vez, se refere a atos infracionais com reflexos patrimoniais e compreende a restituição da coisa ou o ressarcimento do dano causado.

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral (art. 117 do ECA).

A liberdade assistida (arts. 118 e 119 do ECA) envolve a realização de um acompanhamento do adolescente por entidade ou programa de atendimento – com o propósito de orientar e auxiliar o jovem.

A semiliberdade (art. 120 do ECA) representa a restrição da liberdade do adolescente em unidade institucional do sistema socioeducativo. Como o próprio nome da reprimenda indica, trata-se de um *status* intermediário entre a privação total e a liberdade. Apesar de o

adolescente recolher-se na instituição, há autorização, como regra, para a realização de atividades externas, notadamente de escolarização e profissionalização.

A internação (arts. 121 a 125 do ECA) contempla a privação de liberdade do adolescente, também em unidade do sistema socioeducativo, mas em condições mais rigorosas. Diferentemente do que acontece na semiliberdade, a regra na internação é a impossibilidade de atividades externas. Ademais, as unidades de internação possuem características mais rígidas do que aquelas nas quais é cumprida a medida anteriormente analisada, havendo maior controle dos espaços e da rotina dos adolescentes.

O numeroso rol de medidas previstos na lei indica, como se destacou, que, finalizado o procedimento de apuração e julgamento do ato infracional, há de ser feita uma escolha sobre a medida socioeducativa a ser aplicada. A legislação define alguns critérios para tanto, contudo, eles não são exatamente satisfatórios. Há, outrossim, ponderações doutrinárias que indicam elementos a serem levados em conta nessa escolha.

O que traz o ECA é a prescrição de limitações à aplicação da medida mais gravosa, a internação. Notadamente, o faz por meio de dois dispositivos:

- a) o § 2, do art. 122, o qual define que “[e]m nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.”;
- b) o *caput* do mesmo artigo, que estabelece as circunstâncias concretas em que está autorizada a decretação da medida, a saber: “I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

As diretrizes trazidas pelo diploma padecem de imprecisão. O termo “medida adequada”, por exemplo, é vago e pouco serve à restrição da aplicabilidade da reprimenda. Parece não ser possível determinar, em abstrato, em quais ocasiões a internação seria a medida mais adequada. Mesmo as hipóteses autorizativas de aplicação da reprimenda representam condições em que ela *pode ser decretada*, não em que *necessariamente deva ser*. Ademais, a expressão “ato infracional grave” também parece demandar devida complementação, já que não há referência a critérios para aferição da referida gravidade – patamar de pena cominada em abstrato, qualidade de crime hediondo ou equiparado etc.

Ainda sobre a previsão do § 2º do art. 122 do ECA, vale trazer uma breve reflexão. À primeira vista, trata-se de disposição que estabelece o caráter excepcional da medida privativa

de liberdade, devendo ser ela tratada como a *ultima ratio* da intervenção socioeducativa. Porém, o conteúdo de tal postulado não se esgota na ideia mencionada. Isso, porque o parágrafo em questão impõe, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, a realização de um duplo exercício de avaliação: primeiro, a definição da medida adequada em face do *ato infracional* praticado pelo adolescente e de seu *histórico infracional*, contemplando o atendimento às hipóteses legais autorizativas da medida privativa de liberdade, previstas no art. 122 do ECA, destacado acima; segundo, a definição da *medida adequada às características do adolescente*.

No mesmo sentido, é a previsão do § 1º do art. 121 do Estatuto, o qual define que “[a] medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua *capacidade de cumpri-la*, as circunstâncias e a gravidade da infração” (grifo nosso).

Em concreto, a previsão do destacado § 2º, complementada pelo parágrafo que o antecede, impõe a realização de um exame que dá enorme importância para as *características do adolescente*. Nesse sentido, seu desempenho escolar e profissional, suas relações sociais e mesmo sua estrutura familiar podem servir como justificção para que a medida mais gravosa seja aplicada – tendo em vista que tais características, quando negativas, seriam indícios de pouca possibilidade de sucesso no regular cumprimento de medida em *meio aberto*.

Em outras palavras: a dinâmica de seleção da medida socioeducativa, prevista em lei, permite que a privação de liberdade seja aplicada (em detrimento de reprimendas menos severas), simplesmente porque o adolescente apresenta características (sociais, econômicas, familiares etc.) que revelariam potencial dificuldade de adesão a um programa de atendimento não privativo de liberdade. Um adolescente que se encontre sem família para orientá-lo, sem vínculo escolar a ser cumprido, sem formação profissional e sem possibilidades de ingresso no mercado de trabalho, representa para o modelo de meio aberto um desafio muito severo.

Assim, quanto maior a condição de marginalização do infrator (defasagem na efetivação de direitos fundamentais básicos), maior a inadequação da medida de meio aberto e, por consequência, maior a indicação da reprimenda mais gravosa.

Na esteira do exposto, comentam Rossato, Lépre e Cunha¹⁷⁰ a existência de diversas decisões judiciais fundamentando a aplicação da medida socioeducativa de internação amparada somente na fragilidade da família do adolescente infrator. Tal característica do modelo socioeducativo representa ponto de destaque no estudo que se quer realizar, considerando que a possibilidade de aplicação de privação de liberdade em razão

¹⁷⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8069/90 – comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 403.

exclusivamente de características do adolescente em conflito com a lei se afigura como peculiaridade inaceitável.

Quanto à definição de critérios para a seleção da medida socioeducativa a ser aplicada, a doutrina tenta suprir a imprecisão deixada pelo texto da lei com algumas considerações. Contudo, as reflexões detectadas parecem não ir muito além da própria prescrição legal.

Shecaira¹⁷¹, por exemplo, indica que a advertência, por tratar-se da reprimenda mais branda prevista na sistemática do modelo socioeducativo, seria a mais indicada para pequenos delitos “como lesões leves, furtos em lojas de departamento etc.”.¹⁷² Por seu turno, a obrigação de reparar o dano estaria, em respeito à prescrição legal, reservada aos delitos com reflexos patrimoniais. A adequação da medida residiria na possibilidade de, com sua aplicação, “incutir no adolescente o alcance de sua conduta, bem como projetar um ensinamento pedagógico da importância do cumprimento da lei”.¹⁷³

A reflexão de Shecaira é pertinente. Não obstante, deve-se ter em mente que, no caso concreto, avaliar se a reprimenda em questão teria ou não condições de atingir o efeito pretendido – e, portanto, afigurar-se como a mais adequada – representa um grande desafio. O contato do magistrado com o adolescente é breve e superficial, tendo em vista a formatação (e a notável celeridade) do procedimento de apuração e julgamento do ato infracional, já delineadas brevemente acima. Supor que o juiz é capaz de determinar, em tão curto espaço de tempo e com tão poucos elementos, se a medida pretendida se mostra capaz de atingir o efeito pretendido – e, diante de tal constatação, decidir por sua aplicação –, é depositar demasiada confiança em seu poder de percepção.

Sobre a prestação de serviços à comunidade, o mesmo autor comenta, também em atenção ao texto legal, que a medida deve levar em conta as aptidões do adolescente.¹⁷⁴ Contudo, como se viu, trata-se da realização de serviço ou atividade que atenda *ao interesse público*. Seria então possível inferir que a aplicabilidade da medida estaria restrita à detecção, no adolescente, da existência de aptidões úteis ao referenciado interesse público? A conclusão parece forçosa, mas ainda assim possível. Sem embargo, mesmo tratando a indagação com uma resposta positiva, o cenário de dúvida permanece. Afinal, que tipo de aptidões seriam essas, e

¹⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 210.

¹⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

¹⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 212.

a quem caberia realizar tal avaliação? Ao próprio magistrado? Ao adolescente? Mais uma vez, a imprecisão vocabular do texto legal parece esvaziar o significado da delimitação pretendida.

Sobre a aplicabilidade da internação e da semiliberdade, legislação e doutrina destacam especialmente a relevância do postulado da excepcionalidade – que será detidamente analisado abaixo. Em suma, trata-se de prescrição segundo a qual a internação funcionará como *intervenção extrema* no modelo socioeducativo, de modo que as reprimendas menos gravosas devem ser preferencialmente aplicadas.

Ocorre que o postulado da excepcionalidade vem, em certa medida, desafiado pela própria previsão legal, que autoriza a aplicação da internação mesmo na ocorrência de um único ato infracional (praticado com violência ou grave ameaça) – ou seja, mesmo para o adolescente primário, em uma única transgressão, *pode* ser definida a reprimenda mais severa.

A legislação, portanto, não traz disposições plenamente esclarecedoras sobre a dinâmica de aplicação das reprimendas socioeducativas, o que também pode ser dito – ao menos com relação às medidas de internação e semiliberdade – sobre a dinâmica de execução das medidas judicialmente decretadas. Nesse aspecto, vale destacar que as medidas socioeducativas são classificadas, quanto ao modelo de execução, em duas modalidades – as medidas de meio aberto e as restritivas de liberdade.

De “meio aberto” são aquelas reprimendas cumpridas com o adolescente livre. Enquadram-se nessa categoria a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida.

Com efeito, a execução da advertência se perfaz na própria audiência em que a admoestação verbal é proferida e reduzida a termo. Em sentido semelhante, a obrigação de reparar o dano é cumprida com a restituição da coisa ou ressarcimento. Nas duas ocasiões, o vínculo entre Estado e adolescente é mínimo após o proferimento da denúncia.

Nas medidas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, por sua vez, há a designação de uma entidade ou programa de atendimento que acompanhará o cumprimento da reprimenda. Em concreto, a equipe técnica do programa elabora um plano individual, contendo, entre outras informações pertinentes, os objetivos a serem alcançados pela medida e as atividades a serem desempenhadas pelo adolescente (arts. 53 e 54 da Lei 12.594/2012 – Lei do Sinase).

Na prestação de serviços à comunidade, o programa de atendimento verifica o efetivo cumprimento das tarefas, que devem ser realizadas “durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a

frequência à escola ou à jornada normal de trabalho” do adolescente (art. 117, parágrafo único, do ECA). A medida possui prazo máximo de duração de seis meses.

Na liberdade assistida, o cumprimento em si da reprimenda é o próprio acompanhamento desempenhado pela equipe de atendimento. O instituto se assemelha à suspensão condicional da pena (*sursis*) aplicada aos adultos.¹⁷⁵ Nessa medida é designado um orientador para o adolescente, que fica responsável por supervisionar sua frequência e aproveitamento escolar, diligenciar no sentido de sua profissionalização e inserção no mercado de trabalho e promover socialmente o adolescente e sua família (art. 119 do ECA). A reprimenda tem prazo mínimo de 6 meses, podendo ser revogada a qualquer momento.

A execução das medidas socioeducativas de internação e a semiliberdade contempla, por sua vez, a institucionalização do adolescente. Nas duas reprimendas, há o direcionamento para unidade socioeducativa própria para o cumprimento exclusivo da medida aplicada.

Há um ponto central sobre a execução da privação de liberdade que merece ser apreciado. Trata-se do fato que as duas reprimendas em questão não comportam prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, no máximo, a cada 6 meses, seguindo a dicção do art. 121, § 2º, e do art. 120, § 2º, ambos do ECA. Tais intervalos de tempo representam *limites máximos de necessária revisão da reprimenda*.

A Lei do Sinase, contudo, indica que, a qualquer momento, pode ser solicitada ao juízo da execução a reavaliação da medida – podendo ser definida sua manutenção, substituição (por outra reprimenda) ou suspensão. Nos termos da mencionada lei:

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

§ 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos:

I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória;

II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual; e

III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente.

Os intervalos obrigatórios de revisão se materializam na seguinte dinâmica: a cada 6 meses, o juízo de execução deve decidir sobre a manutenção do adolescente na medida a que se encontra submetido, seu desligamento do programa socioeducativo ou mesmo sobre sua

¹⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 214.

progressão para reprimenda menos gravosa. O magistrado profere sua decisão com base, especialmente nos relatórios elaborados pela equipe multidisciplinar de atendimento socioeducativo atuante na unidade de privação de liberdade, que avalia o progresso do jovem em atender os ditos “eixos” da reprimenda penal juvenil: escolarização, profissionalização, convivência familiar e comunitária, saúde, esporte, cultura e lazer. Não existe no ECA, contudo, nenhum indicativo preciso de quais requisitos devem cumpridos pelo adolescente para se ver liberto.

Há, outrossim, um dispositivo da Lei do Sinase – o art. 1º – que enumera os objetivos das medidas socioeducativas. Tal dispositivo conduz à conclusão de que o requisito para o restabelecimento da liberdade do socioeducando seria o alcance de tais objetivos.¹⁷⁶ Nos termos da lei:

Art. 1º – Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

[...]

§ 2º – Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- I – a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III – a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Embora as medidas em apreço, segundo o legislador, visem à “integração social” e à “garantia dos direitos individuais”, busca-se sua compatibilização com a “responsabilização” do adolescente e a “desaprovação” da conduta infracional.

A privação ou restrição da liberdade, portanto, têm o propósito de *reprovar* a conduta do adolescente e *nele desenvolver a percepção sobre a gravidade de seus atos*, fazendo-o responder pelas consequências desse malfeito.

As medidas analisadas se orientam pela expectativa de, a partir da privação de liberdade (ou de sua restrição parcial), aliada ao desenvolvimento de atividades pedagógicas, contribuir para a melhora do adolescente. Tudo isso apostando na mudança do futuro daquele indivíduo.

¹⁷⁶ SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação e sua incompatibilidade com o sistema garantista. **II Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais**, 2018, São Paulo. Anais do II Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRIM). São Paulo: IBCCRIM, 2018. v. 2. p.1098.

Contudo, há que se ter em mente que as reprimendas examinadas, com a formatação que lhes dá a lei, não apenas oferecem oportunidades ao adolescente, mas exigem que ele se dedique a acatar essas oportunidades para ter sua liberdade restabelecida. Isso, porque, sendo esses os objetivos da medida de internação e semiliberdade, são também esses os parâmetros para indicar quando a privação ou a restrição de liberdade deve terminar.

Diante do exposto, parece oportuno, neste ponto do debate, indicar e justificar uma decisão metodológica tomada no presente estudo.

O trabalho concentra seus esforços em examinar duas das seis medidas socioeducativas elencadas – quais sejam, a internação e a semiliberdade. Essa opção se deve ao fato de que nelas se notam as duas características tomadas como inaceitáveis, às quais se quer objetar. A primeira, acima destacada, refere-se à possibilidade de aplicação da privação da liberdade em razão de características do adolescente. A segunda característica, evidenciada nos últimos parágrafos, é o condicionamento do restabelecimento da liberdade ao alcance de objetivos de ressocialização.

Nas demais reprimendas tal atributo não é notado, pois sua execução ocorre no que se denominou “meio aberto” – ou seja, fora de uma instituição de segurança. De certo que mesmo as medidas de meio aberto impõem restrições ao adolescente. Mas trata-se de limitações muito menos severas do que a privação de liberdade operada por meio das reprimendas em exame. Daí o enfoque deste estudo nas medidas referenciadas.

Cumprido o objetivo de apresentar sucintamente as características problemáticas no modelo socioeducativo em vigor, o estudo contempla a proposição de reformulação do sistema em voga. Contudo, para que seja possível alcançar tal intento, é necessário aprofundar ainda mais no exame dos fundamentos do modelo punitivo juvenil brasileiro. Em especial, faz-se necessário analisar o conteúdo e o significado de três postulados que funcionam como diretrizes fundamentais do modelo de privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei. Afinal, se o que se pretende é definir novas diretrizes para a formatação do modelo punitivo juvenil brasileiro, há de se compreender as bases fundamentais do modelo.

2.2 Fundamentos e princípios reitores do modelo de privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei: brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O art. 227 da Constituição Republicana de 1988 representa dispositivo paradigmático para os direitos da criança e do adolescente, conferindo inequívoco protagonismo a esse grupo de indivíduos e à tarefa de efetivação de seus direitos e garantias fundamentais. A saber:

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 (grifo nosso).

O postulado em questão inaugura, em verdade, uma nova lógica no atendimento ao adolescente em conflito com a lei – ou a consolidação da dita “doutrina da proteção integral”, com base no “princípio da prioridade absoluta”. Notadamente, o texto constitucional passou a prever que os direitos das crianças e dos adolescentes deveriam ser prontamente atendidos, visto que o momento da vida em que se encontram é efêmero, isto é, conclui-se muito rapidamente. Todas as experiências da vida passam como um turbilhão nessa fase de desenvolvimento – emoções intensas, sentimentos vigorosos, perdas e conquistas sentidos com extremismo. Por isso mesmo há de se ter enorme atenção com o público em questão.

Como bem pontua Paulo Afonso Garrido de Paula:

Os direitos da criança e do adolescente devem ser validados com a presteza necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal e como garantias da integridade pessoal.¹⁷⁷

A legislação que vigorava quando da edição da Constituição Republicana de 1988, o “Código de Menores de 1979”, praticamente repetia a dinâmica formatada pelo seu antecessor, de 1927. O diploma vinha sendo objeto de duras críticas há décadas, por se mostrar desajustado com o que vinha sendo construído em nível internacional.

A sistemática de então se construía em torno da “doutrina da situação irregular” – em suma, a ideia de que qualquer indivíduo menor de 18 anos de idade em condição de vulnerabilidade social merecia ser “atendido” pelo Estado e submetido ao seu controle. Assim, toda criança ou adolescente que estivesse vagando pela rua, com roupas singelas, poderia ser enquadrada como alvo do sistema de justiça, equiparando-se pessoas carentes a delinquentes.¹⁷⁸ Nesse sentido, acrescenta Ana Paula Motta Costa que o “enfoque principal da referida doutrina estava em legitimar a potencial atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes

¹⁷⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 38.

¹⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

em situação de dificuldade”.¹⁷⁹ Antes da vigência do ECA, “a grande maioria (mais de 80%) de crianças e adolescentes privados de liberdade nas casas de contenção e custódia não era autor de crime”.¹⁸⁰

A categoria “menor” – e suas variações “menor infrator”, “menor abandonado” – se consolida como instituto para tratar crianças e adolescentes pobres que, por estarem em condição de vulnerabilidade social, entendia-se, numa visão consequencialista, estariam mais propensos à delinquência.¹⁸¹

O texto constitucional, ao estabelecer o público infantojuvenil como sujeito de direitos e destacar a prioridade de atendimento de todos as crianças e adolescentes, sinaliza o abandono da lógica menorista. A nova ordem constitucional se comprometeu vigorosamente com a efetivação de garantias da *totalidade* do público infantojuvenil, e não somente à institucionalização dos marginalizados/abandonados – daí a denominação “doutrina da proteção integral”. Sobre o assunto, comenta Liberati:

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras o problema da criança é tratado como questão pública e abordado de forma profunda, atingindo radicalmente o sistema jurídico. Essa mudança é significativa, pois considera, a partir de agora, que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos. Independentemente de sua condição social. Nessa perspectiva, criança e adolescente são os protagonistas de seus próprios direitos.¹⁸²

Ficou evidente, portanto, a necessidade de reformulação da legislação em vigor à época, que se mostrava, nesse sentido, flagrantemente inconstitucional.¹⁸³ Não por acaso, a edição do ECA ocorreu dois anos depois, para formalizar e regulamentar o novo paradigma adotado.

Com o ECA, surge a sistemática de aplicação das medidas socioeducativas em prática hoje, conforme analisado acima – reprimendas que se impõem (ou, em termos prescritivos, só podem ser impostas) como consequência da prática de atos infracionais, e não da condição de marginalização/abandono do adolescente.

¹⁷⁹ COSTA, Ana Paula Motta. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v.2, n. 24, 2013, p.44.

¹⁸⁰ MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estado da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. p.114.

¹⁸¹ CIFALI, Ana Claudia. **As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, racionalidades e representações sociais**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2019. p. 17.

¹⁸² LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.55.

¹⁸³ GARCIA MENDEZ, Emilio. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, v.8, 2013. p. 5.

A doutrina da proteção integral se materializa na promoção do desenvolvimento saudável e na garantia da integridade de todo adolescente, até daquele que pratica ato previsto como crime. Nesse sentido, nota-se na legislação uma preocupação em preservar todo o arcabouço de prerrogativas dos adolescentes (direitos garantidos constitucionalmente), mesmo na hipótese extrema da aplicação da privação de liberdade. Como prescreve a lei:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:
 I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
 II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
 III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
 IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
 V - ser tratado com respeito e dignidade;
 VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
 VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;
 VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
 IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
 X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
 XI - receber escolarização e profissionalização;
 XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
 XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
 XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
 XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
 XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

Em seu texto original, a Constituição de 1988 já estabelecia postulados atinentes à formulação do modelo de privação de liberdade juvenil a ser adotado no país – os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme se extrai do parágrafo 3º do referido art. 227, que interessa especialmente ao presente estudo. A saber:

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

O ECA, por sua vez, repetiu a mesma previsão, no artigo que conceitua a medida socioeducativa de internação, valendo reprimir a disposição legislativa:

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

A importância de examinar os postulados em questão se revela em razão de diversas características: a) por tratar-se de disposições de hierarquia constitucional, reproduzidas na legislação especializada; b) por serem garantias de um público constitucionalmente definido como prioritário; c) por delimitarem as bases e características mais fundamentais de formatação do modelo punitivo juvenil brasileiro.

Ademais, se este estudo busca evidenciar que o modelo socioeducativo brasileiro padece de inconsistências inaceitáveis, os princípios em questão são uma “régua” para detectar tais contradições e guiar a reforma a ser implementada. Em suma, o esclarecimento do conteúdo dos postulados contribuirá para a conclusão que se intenciona alcançar, qual seja, a de que a sistemática em vigor não respeita seus próprios princípios fundamentais.

Vale iniciar o debate com o princípio da brevidade.

Conforme define a doutrina, o postulado da brevidade se impõe como limite cronológico da medida. É decorrência de “mandamento constitucional e pressupõe que a intervenção punitiva institucional deve ser cumprida pelo menor tempo possível”.¹⁸⁴ A ideia por trás de tal princípio guarda grande aproximação com a finalidade pedagógica da medida (a ser mais detidamente analisada abaixo) e tem total relevância no momento da *execução* da reprimenda.

O raciocínio que aproxima as duas perspectivas é o seguinte: o tempo de duração da medida é aquele adequado ao alcance do objetivo ressocializador, e não ao da retribuição do comportamento delinquentes. Daí se infere que não é o tempo de privação de liberdade que definirá as condições de ressocialização, ao contrário, é de se considerar que o encarceramento prolongado pode ter efeitos nocivos. Por isso, tal postulado trata de um pressuposto elementar: se a medida se prolonga, sem que essa dilatação temporal esteja a contribuir para o alcance da sua finalidade pedagógica, a internação perde o sentido.

Como assinala Olympio de Sá Sotto Maior Netto, “o espaço da segregação não é o adequado para o regular desenvolvimento do adolescente”,¹⁸⁵ havendo, em verdade, a percepção de que o ambiente de privação de liberdade é nocivo e prejudicial, impactando negativamente o adolescente. Comenta o autor mencionado:

A internação, dessa sorte, carece para sua aplicação de reflexão profunda, porquanto, como a experiência está a demonstrar, constitui-se na medida socioeducativa com as piores condições para produzir resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de um projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais

¹⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.223.

¹⁸⁵ SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. p.136.

distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes de regra promíscuos (desencadeadores, não raras vezes, de violência física, psíquica e sexual) e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecer, definitivamente, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (os irrecuperáveis, como dizem deles).¹⁸⁶

Por sua vez, o princípio da excepcionalidade se apresenta como limite lógico da *aplicação* da medida. O postulado em questão tem grande relação com a ideia de intervenção mínima, reafirmando a noção de que a privação de liberdade tem caráter subsidiário, especialmente na lida com o público adolescente, devendo ser tomada como *ultima ratio*:

A internação constitui a mais grave das medidas criadas pelo sistema de medidas socioeducativas previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Destina-se, evidentemente, aos casos mais extremos, devendo ser, assim como no sistema de penas concebido para os adultos, utilizada com estrita parcimônia.¹⁸⁷

A noção de excepcionalidade reafirma a existência de outras modalidades de medidas socioeducativas, menos gravosas ao adolescente, previstas no art. 112 do ECA. Ademais, consagra a noção de que a intervenção socioeducativa *como um todo* representa uma atuação extraordinária do Estado, por menos rigorosa que seja a medida aplicada, de forma que até mesmo a imposição de uma simples advertência deve ser tratada como algo extraordinário.

O enfoque dado pela lei, em respeito à doutrina da proteção integral, está na efetivação dos direitos fundamentais do adolescente, na expectativa de que tal intervenção trará resultados positivos – limitando ao extremo as possibilidades de mitigação dessas prerrogativas.

Como sintetiza Martha de Toledo Machado:

Importante destacar que a excepcionalidade não é só das medidas privativas de liberdade (no ECA, internação e semi-liberdade), mas sim uma excepcionalidade da própria imposição de qualquer medida socioeducativa. No plano da interpretação técnico-jurídica do texto constitucional e do ordenamento infra-constitucional, porque não se poderia tratar de maneira mais gravosa pessoas que estejam em situação jurídica mais favorável: se o adolescente praticou crime mais leve ou em circunstâncias tais que não merece a privação de liberdade, e se a natureza da sanção impõe que possa até implicar em privação de liberdade, com mais razão o comando de excepcionalidade deve incidir.¹⁸⁸

¹⁸⁶ SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p.135.

¹⁸⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.221.

¹⁸⁸ MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estado da Criança e do Adolescente. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p.109.

Ademais, o princípio em questão determina que, na aplicação da medida de internação, deve ser avaliado se a privação de liberdade, em cada caso concreto, teria condições de contribuir para o alcance da finalidade ressocializadora da reprimenda. É, portanto, postulado que se destina diretamente ao Poder Judiciário e à delimitação da discricionariedade do magistrado. Uma diretriz fundamental para que não se banalize a aplicação da reprimenda mais gravosa. No mesmo sentido, Karyna Sposato:

É princípio, portanto, que incide sobre a discricionariedade judicial no processo de conhecimento, ou seja, de apuração do ato infracional e a consequente imposição de medida socioeducativa. A excepcionalidade caracteriza a medida de internação como “última alternativa” a ser adotada, em circunstâncias efetivamente graves, seja para a segurança social, seja para a segurança do próprio adolescente autor da infração, e como garantia da socio educação, ou seja, da eficácia da medida.¹⁸⁹

Por fim, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento merece ser assinalado como princípio fundante do modelo punitivo juvenil – já que é tal condição, entendida como um “agudo momento de transformação física e psíquica”,¹⁹⁰ que justifica a existência de um modelo de responsabilização específico para adolescentes, distinto daquele destinado aos adultos.

Ainda sobre o conteúdo do princípio em questão, destaca-se a manifestação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em documento elaborado em oposição à proposta de redução da maioria penal pleiteada por meio da PEC 171/93:

Essa condição, ostentada pelo adolescente, justifica ‘um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população’, o qual foi materializado na legislação a ser aplicada àquele que pratica ato infracional.

[...]

Toda essa constatação, especialmente o fato de sua personalidade ainda estar em desenvolvimento, permite afirmar que o tratamento particular a ser destinado aos adolescentes está fundado na possibilidade de mudança do futuro daquele que já praticou um ato infracional. Há, assim, uma ‘aposta social na enorme capacidade de autotransformação que é própria do ser humano em fase de desenvolvimento.’¹⁹¹

Ademais, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento também guarda grande pertinência com a finalidade pedagógica da medida. Como assinala Karyna Sposato:

¹⁸⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.135.

¹⁹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.225.

¹⁹¹ IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. 2015.

Para os adolescentes, contudo, o Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem.¹⁹²

No mesmo sentido, mais uma lição de Shecaira:

A inexistência de medida socioeducativa por tempo certo, bem como o prazo máximo de internação ser muito menor que aquele da delinquência adulta, é uma exigente natural da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Não é por outra razão que o princípio da proporcionalidade, absoluto no Direito Penal comum, cede espaço no Direito Penal Juvenil.¹⁹³

A efetiva compreensão dos postulados em exame exige uma abordagem que os tome de maneira integrada. Nesse sentido, sendo o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento o elemento basilar do modelo socioeducativo, serve como justificativa para a adoção de um modelo de execução de reprimendas marcado pela lógica progressiva e pela minimização do tempo de encarceramento. É justamente o fato de se estar diante de um público diferenciado, em formação, que invoca a necessidade de tratamento distinto. Notadamente:

Na seara do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento é de se destacar os princípios constitucionais da excepcionalidade e da brevidade da medida privativa de liberdade (CF, art. 227, § 3º, inciso V). É como se o legislador dissesse: pode prender, mas saiba que está privando de liberdade um ser humano em desenvolvimento, de modo que somente em último caso e por pouco tempo faça uso dessa medida.¹⁹⁴

O exame dos postulados indica, portanto, que a privação de liberdade tem significado peculiar no modelo punitivo juvenil. Se no contexto geral, dentro de um modelo constitucional democrático, o cerceamento da liberdade de qualquer pessoa é tolerável somente em situações excepcionais, quanto ao público adolescente, a tolerância é ainda mais reduzida.

A condição peculiar de pessoa desenvolvimento demanda uma atenção especial: menos privação de liberdade, tanto no sentido de aplicar tal restrição para o mínimo de indivíduos quanto no sentido de mantê-los institucionalizados pelo período mais breve possível.

¹⁹² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. p.151.

¹⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.225.

¹⁹⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p.39.

2.2.1 *Condição peculiar de desenvolvimento e autodeterminação moral do adolescente*

O postulado da condição peculiar de desenvolvimento transmite a ideia de que o adolescente se encontra em momento especial de aprendizado, de busca por informações e de formação da sua personalidade. Com efeito, o Estado tem não só a possibilidade, mas o dever de participar da formação do jovem – já que a própria Constituição da República incumbe ao ente estatal (ainda que não de forma exclusiva), em seu art. 227, o ônus de garantir o direito à educação, à profissionalização e à formação cultural do público infantojuvenil.

Ocorre que a intervenção estatal, sob tal aspecto, não pode se realizar de maneira arbitrária e autoritária. O fato de o adolescente se encontrar em momento peculiar – demandando o apoio do Estado – não autoriza (e muito menos obriga) o ente estatal a decidir inteiramente pelo adolescente, direcionando suas escolhas de vida e definindo para ele um plano de futuro.

A referência ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a adoção do paradigma da proteção integral representam uma tomada de posição do modelo socioeducativo brasileiro em favor do *reconhecimento da autonomia moral do adolescente* – ou da sua *capacidade progressiva de autodeterminação*.

A noção que vigora dentro do modelo da proteção integral é a de que o adolescente é pessoa, sujeito de direitos – e não objeto da tutela estatal, como era tratado no paradigma menorista. Pelo simples fato de ostentar tal condição o adolescente invoca para si a aplicação do *princípio da dignidade da pessoa humana*,¹⁹⁵ postulado que determina considerar o adolescente como *indivíduo, ser autônomo* – que vai progressivamente adquirindo a capacidade de se autodeterminar.¹⁹⁶ Embora trate-se de pessoa em desenvolvimento, o adolescente não pode ser concebido como ser inferior, incompleto, inacabado e carente de uma orientação moral.¹⁹⁷

Em concreto, todo indivíduo – adulto, adolescente, ou criança – se encontra em permanente desenvolvimento, ocupando papéis e espaços distintos no contexto social. Mas todos ostentam a mesma condição de “pessoa por inteiro”.¹⁹⁸ A diferença é que, embora o

¹⁹⁵ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.174.

¹⁹⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.28.

¹⁹⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.210.

¹⁹⁸ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.210.

adolescente compartilhe com o adulto todas as prerrogativas advindas de seu *status* de pessoa humana, o exercício de alguns dos seus direitos fica condicionado à evolução de suas faculdades.¹⁹⁹ que vão sendo obtidas conforme o tempo passa.

O papel do Estado, nesse contexto, é de oferecer referências para o adolescente, oportunizando que ele mesmo se desenvolva, explore suas potencialidades e conquiste sua condição de autodeterminação progressivamente.²⁰⁰

Como consequência direta da doutrina da proteção integral, o princípio da autodeterminação progressiva direciona o Estado para uma atuação bem delimitada, voltada a “garantir as condições para o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes”,²⁰¹ sem que, com tal atuação, venha a sacrificar a capacidade do sujeito de “fazer escolhas, de participar dos processos sociais como protagonista” e “contribuir com sua individualidade em meio à coletividade”.²⁰² Uma intervenção que fuja desses parâmetros, propondo-se a direcionar moralmente o adolescente, estaria reproduzindo a lógica do paradigma menorista, impedindo que o adolescente desenvolva sua autonomia (suas capacidades e potencialidades), já que toma decisões no lugar dele. Sobre o assunto, comenta Ana Paula Motta Costa:

Assim, reconhecer progressivamente a capacidade de autodeterminação do sujeito adolescente é entendê-lo como capaz de tomar decisões e fazer escolhas adequadas a cada etapa da vida que esteja atravessando. [...] o que não pode estar dissociado da condição de responsabilidade pelas escolhas feitas.²⁰³

A ideia da autodeterminação do adolescente representa um dos pressupostos fundamentais da intervenção punitiva na esfera infantojuvenil²⁰⁴ dentro do atual paradigma. Isso, porque a proposta trazida por tal concepção é a de tratar o indivíduo como ser *responsável*,²⁰⁵ reconhecendo que ele tem capacidade de dar respostas concretas para as situações reais, tem condição de assumir seus atos como próprios e, nesse sentido, até mesmo de ser sancionado por tais atos.

¹⁹⁹ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.29.

²⁰⁰ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.210.

²⁰¹ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.212.

²⁰² COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.212.

²⁰³ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 210.

²⁰⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.28

²⁰⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.28

2.3 Natureza punitivo-pedagógica das medidas socioeducativas: sinalizações para o reconhecimento do caráter penal do modelo infracional

Há grande controvérsia ao redor da questão sobre a natureza das medidas socioeducativas, notadamente a internação. Como esclarece Shecaira,²⁰⁶ a posição majoritariamente aceita à época da edição do ECA era a que negava o caráter punitivo da medida, entendida como uma resposta estatal própria, distinta da pena, advinda de um ramo autônomo e destinada a atuar sobre “o processo de formação de valores e definição de comportamentos do ser humano”.²⁰⁷ Predominava a percepção de que o atendimento socioeducativo representava um benefício para o adolescente, uma especial intervenção do Estado em favor dos interesses de um público vulnerável. Como bem sintetiza o autor:

Assim, esta primeira visão entende que mesmo a privação da liberdade, travestida de internação, não possui um sentido punitivo, de vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente. Logo, a perspectiva do debate não estaria nas garantias do adolescente perante o poder punitivo do Estado, pois este, por intermédio de seus órgãos, agiria em benefício dos adolescentes em conflito com a lei.²⁰⁸

Em contrapartida, uma segunda corrente, que vem se consolidando atualmente, reconhece o *caráter materialmente penal* da medida socioeducativa. Em favor de tal perspectiva, destaca-se um raciocínio elementar: a medida é a resposta estatal diante da prática de ilícito (ato infracional), ou seja, trata-se da “consequência jurídica prevista pela própria norma para o caso da sua transgressão”.²⁰⁹ A propósito:

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que a medida socioeducativa é uma sanção de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários dos adolescentes, aplicada em função da não conformação da conduta (prática do ato infracional) ao preceito da norma.²¹⁰

²⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.189.

²⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.189.

²⁰⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.190.

²¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.190.

Em concreto, muitos autores concentram-se, ao defender a existência de um *modelo de Direito Penal Juvenil*, no argumento apresentado por Shecaira – a ideia de que a medida socioeducativa é pena, pois se configura como resposta estatal aplicada em face da prática de ato previsto como crime. Nos dizeres do autor, cuida-se de intervenção estatal coativa, que atinge a esfera da autonomia do indivíduo, contrapõe-se à sua vontade e emerge como consequência de sentença penal condenatória.²¹¹ Ademais, a gravidade e a severidade das sanções impostas, bem como seu caráter aflitivo – que, em grande medida, as aproximam das penas, especialmente no caso da internação e da semiliberdade – são também repetidamente destacadas como argumento para a afirmação da existência do modelo penal juvenil.

Nesse sentido, Karyna Sposato esclarece que os comportamentos proibidos para os adolescentes são exatamente os mesmos definidos para os adultos, já que se adota a técnica de *tipificação delegada*, “remetendo-se em bloco ao que é considerado delitivo para os adultos para definir as infrações dos adolescentes”.²¹² Nessa lógica, a situação dos dois públicos, quanto aos pressupostos da intervenção punitiva – prática de ato previsto como crime –, é a mesma. Além disso, as medidas aplicáveis resultam em restrição de direitos, mesmo a privação da liberdade.

Assim, apesar de serem dotadas de uma finalidade eminentemente educativa, a semelhança com a pena é irrefutável.²¹³ O seguinte trecho sintetiza bem o argumento da autora:

Dessa forma, a medida socioeducativa é espécie de sanção penal, visto que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional por adolescente e revela a mesma seleção de condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.²¹⁴

No mesmo sentido, comenta Liberati que “a medida socioeducativa, em sua natureza jurídica, equipara-se a pena”,²¹⁵ pois ambas constituem sanções aplicadas diante da prática de atos ilícitos na esfera penal.

²¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.194.

²¹² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.93.

²¹³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.93.

²¹⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.152.

²¹⁵ LIBERATI, Wilson Donizetti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145.

Donato apresenta posição semelhante, quando afirma que: “A pena e a medida socioeducativa tratam de um mesmo instituto, qual seja: a resposta estatal que restringe a liberdade do sujeito em face de uma sentença condenatória”²¹⁶.

Ana Paula Motta Costa apresenta posicionamento semelhante. A autora leciona que o modelo socioeducativo tem caráter *penal especial*. Trata-se de sistema que atribui responsabilidade penal aos adolescentes pelos delitos que praticam, por meio de legislação específica. O caráter penal se manifesta em razão de as medidas serem impostas como decorrência da prática de atos infracionais e por serem reprimendas de evidente caráter aflitivo, notadamente a privação de liberdade.²¹⁷ Nas palavras da autora:

Tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, consequência da responsabilização, terão sempre caráter penal, sendo sua natureza de sanção ou de retribuição. Esta característica não pode ser disfarçada ou negada, seja em antigas ou novas legislações, com esta ou aquela nomenclatura.²¹⁸

João Batista da Costa Saraiva, por sua vez, apresenta um fator adicional ao argumento. O autor compartilha do entendimento de que a medida socioeducativa possui natureza penal, pois representa o ônus da violação da norma penal. Contudo, no contexto do tratamento destinado ao público adolescente, tal assertiva, segundo assinala, tem significado especial, qual seja, a medida socioeducativa *somente* pode ser aplicada em razão da prática de ato previsto como crime.²¹⁹

Ele explica que a sistemática inaugurada pelo ECA consagra os postulados da retributividade (sanção como consequência da prática da conduta proibida) e da legalidade (no sentido de reserva legal ou possibilidade de imposição de reprimenda somente em razão da prática de conduta previamente prevista em lei). Em contrapartida, o antigo “Código de Menores” permitia a imposição de reprimendas em razão da situação socioeconômica do adolescente, da sua condição de abandono familiar, ou mesmo de um “desvio de conduta.”²²⁰ A conclusão de que a medida socioeducativa tem natureza penal vem, portanto, em oposição à natureza arbitrária e tutelar da sistemática anteriormente vigente.

²¹⁶ DONATO, Giancarlo Fontoura. **Sentença penal juvenil**: em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.9.

²¹⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.79.

²¹⁸ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.79.

²¹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.102.

²²⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.102.

O rigor das reprimendas socioeducativas vem destacado por Ferraz, para quem não é possível conceber as medidas em vigor como algo mais brando que uma pena, pois ambas representam, em concreto, “inflição de dor e sofrimento”.²²¹

No mesmo sentido, Wilson Donizetti Liberati, em passagem também referenciada por Ferraz,²²² afirma que “em verdade, o Estatuto não pretendeu dar caráter punitivo-retributivo às medidas socioeducativas. Porém, outro significado não pode ser dado àquelas medidas”.²²³

Irrefutável a assertiva de que a pena e a medida socioeducativa são impostas como consequência da prática das mesmas condutas – especialmente diante da configuração do modelo de tipificação delegada, comentado por Karyna Sposato.²²⁴ Em igual sentido, a afirmativa da aproximação entre as duas espécies de sanção no tocante à gravidade, e mesmo nas características e condições de execução, também é categórica.

Não obstante o reconhecimento da natureza sancionatória da medida socioeducativa, a existência de uma *perspectiva pedagógica* para a reprimenda também vem repetidamente destacada pela doutrina especializada.

Shecaira, por exemplo, apresenta passagens como “o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida socioeducativa é pedagógica”;²²⁵ e “[t]raduzindo em uma frase: a substância é penal. A finalidade deve ser pedagógica”.²²⁶ A ideia da prevalência da comentada finalidade é também assinalada por Karyna Sposato, quem, ao lecionar sobre a intervenção socioeducativa, assevera que o respeito ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento demanda que a atuação junto ao jovem socioeducando se dê “por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.²²⁷

No mesmo sentido, destaca-se trecho extraído de documento do SINASE (Sistema Nacional Socioeducativo), em campo que trata da definição das Diretrizes pedagógicas do atendimento socioeducativo:

²²¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p.63.

²²² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p.63

²²³ LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.150.

²²⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.192.

²²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.193.

²²⁷ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.151.

1. Prevalência da ação socioeducativa sobre os aspectos meramente sancionatórios
 As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica.²²⁸

No tocante à centralidade da educação no modelo penal juvenil, vale, mais uma vez, a referência à lição de Karyna Sposato:

Poder-se ia afirmar, também, que, para o alcance de tais objetivos, a medida socioeducativa lança mão de um conteúdo estratégico, correspondente à educação, que, em última instância, significa que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato ilícito e antijurídico por um adolescente não se move pelo castigo, nem tampouco pela retribuição.²²⁹

Na mesma esteira, Ana Paula Motta Costa, para quem o conteúdo das reprimendas socioeducativas, na execução, deve ser “predominantemente educativo”:²³⁰

O grande avanço será admitir explicitamente a existência de uma reponsabilidade penal juvenil, como categoria jurídica, enfatizando **o aspecto pedagógico da resposta como prioritário e dominante** (grifo nosso).²³¹

A atribuição dessa dupla dimensão – punitivo-pedagógica – para a medida socioeducativa vem também referendada na própria legislação específica. O art. 1º da Lei do Sinase estabelece como objetivos a serem buscados pela intervenção socioeducativa a responsabilização do adolescente, sua integração social, a garantia de seus direitos individuais e sociais e a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

²²⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47.

²²⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.152.

²³⁰ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.79.

²³¹ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.79.

Há de se destacar que a conjugação da *finalidade pedagógica* e do *caráter penal* do modelo socioeducativo representa um desafio, pois as duas perspectivas podem ser tomadas como antagônicas e, até mesmo, conflitantes entre si. Em concreto, a afirmação da natureza penal do modelo socioeducativo serve como justificativa, nos debates parlamentares, para a defesa do avigoreamento punitivo na seara juvenil. Por sua vez, a admissão da finalidade educativa é repetidamente invocada na esfera jurisprudencial como justificativa para a imposição/manutenção das reprimendas privativas de liberdade, sob o pretexto de que a intervenção socioeducativa, já que eminentemente pedagógica, representa uma benesse para o adolescente. A questão será enfrentada adiante.

2.4 Consequências do reconhecimento do modelo socioeducativo brasileiro como manifestação do Direito Penal Juvenil

Acima, destacou-se a natureza punitiva das medidas socioeducativas e a severidade das sanções impostas na esfera infracional (notadamente, a internação e a semiliberdade), indicando serem elas os atributos que caracterizam o sistema socioeducativo como *modelo de Direito Penal Juvenil*. Com tal afirmação, não se está a defender que o modelo socioeducativo brasileiro passe a integrar o sistema penal, como um sub-ramo específico, por meio de uma reforma legislativa. Defende-se neste estudo que o sistema socioeducativo *já possui natureza penal*, em razão das decisões tomadas pelo legislador, sobretudo o constituinte, que definiram a atribuição dessa natureza – seja em razão das características do sistema de aplicação das reprimendas e da formatação das medidas, acima já debatidas, seja em função das prerrogativas do adolescente (em especial, sua prioridade absoluta e a impossibilidade de ele receber tratamento mais gravoso que o adulto).

A afirmação aqui compartilhada não se insere, portanto, no campo político-criminal, exigindo uma tomada de posição do legislador. É assertiva na esfera normativa, indicando a existência de uma posição já consagrada no ordenamento jurídico, à qual se quer somente dar destaque. Neste tópico, a discussão sobre o caráter penal do modelo socioeducativo prossegue, debatendo a principal consequência de ter se detectado a existência de um ramo de Direito Penal especial: a necessária ampliação das garantias ofertadas ao adolescente em conflito com a lei.

Em respeito ao paradigma da proteção integral, e ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o *arcabouço de garantias do Direito Penal* é reivindicado para o público juvenil. A referida posição tem sido defendida há anos pela doutrina nacional especializada, a partir do argumento de que o reconhecimento do caráter penal do modelo

socioeducativo repercute na admissão de todas as garantias gerais do Direito Penal comum, somadas às prerrogativas específicas do modelo juvenil.

Aqui, necessário enfatizar que *não se está a defender que o adolescente seja tratado como adulto, aplicando a ele a sistemática penal tradicional* – a proposta é adequar as disposições da legislação punitiva ao postulado da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e aos demais princípios que dele decorrem:

Portanto, a discussão não se encerra em incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescente como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas em desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior e mais complexo; não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes; é preciso que o direito penal juvenil se consolide como tal e seja mais benigno que o direito penal.²³²

Com posição semelhante, Hamilton Gonçalves Ferraz:

Em suma, “Direito Penal Juvenil” significa, para esta corrente, incorporar os preceitos garantistas do Direito Penal e lhe restringir o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, ampliando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito da norma, tendo sempre em conta a realidade social em que se insere a Justiça Juvenil, afastando-se de eufemismo e quaisquer pretensões protetivas tutelares que mais teriam contribuído por fazer desta uma Justiça extremamente autoritária e punitiva.²³³

Há de se destacar, contudo, que a posição em favor da *afirmação do Direito Penal Juvenil* não é unânime. Na literatura jurídica nacional, um dos mais destacados críticos à ideia de formalização de um modelo penal para o público adolescente é Alexandre Morais da Rosa. Numa de suas obras dedicadas à temática juvenil – *Introdução crítica ao ato infracional*²³⁴ –, o autor contesta de maneira acintosa a perspectiva em comento. Já em sua primeira edição, publicada em 2007, a obra de Rosa se dirigia à vertente “adversária” com enorme rigor e dureza, referindo-se à construção do Direito Penal Juvenil como um “falso e enfadonho dilema”.²³⁵

A visão do autor, fundada numa abordagem criminológica, é a de que a afirmação do modelo socioeducativo como modalidade de Direito Penal especial serve não para efetivar garantias, mas para legitimar o sistema repressivo, representando uma “relegitimação”

²³² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

²³³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 60.

²³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9.

punitiva.²³⁶ Ademais, o autor observa uma banalização do discurso “garantista” no bojo dos debates penal-afirmativos.

Destaca Rosa a invocação do termo “garantismo penal” como máxima para a validação da sistemática proposta, na tentativa de dotá-la de cariz democrática. Trata-se de uso superficial da expressão, pois desacompanhado da efetiva compreensão do seu significado e do modelo a que ela se refere – a proposição teórica, idealizada por Luigi Ferrajoli, e o modelo de sistema garantista. Como destaca o autor: “[a]liás, referem-se ao garantismo de Ferrajoli, na maioria dos casos, de ouvido. Se é que leram – em alguns casos se duvida –, por certo, não o entenderam”.²³⁷ Em suma, para Rosa, o discurso afirmativo do Direito Penal é tomado como fachada e serve somente para a reafirmação de uma doutrina menorista.²³⁸

Em especial, dois pontos são destacados pelo autor como equívocos graves da corrente em favor do reconhecimento da natureza penal juvenil.

O primeiro deles é denominando como “pertinência pedagógica” do modelo juvenil.²³⁹ Aqui, Rosa refere-se à finalidade pedagógica atribuída às medidas socioeducativas – notadamente, a ideia de que a execução da reprimenda deve almejar efeitos ressocializadores. A objeção a tal característica é categórica, e a própria invocação do paradigma garantista, que é banalizado pela doutrina (na visão de Rosa), serve como argumento para impugnar sua existência. O modelo teórico em questão, comenta o autor, é incompatível com a ideia da imposição de um exercício de ressocialização e com a obrigação do apenado de aderir a tal exercício.²⁴⁰

Neste sentido, a atribuição de finalidade pedagógica representaria um desafio à legitimação do modelo penal juvenil, pois incompatível com o paradigma penal democrático referenciado como um dos seus fundamentos. Rosa dá grande destaque para esse ponto, como fica evidenciado na passagem assinalada abaixo:

Rejeita-se, assim, neste escrito e de plano, a aproximação pretendida pelo Direito Penal Juvenil. É verdade que se argumentará equivocadamente, que ao se propor o Garantismo Infracional se está caminhando na mesma direção. Sem razão. Enquanto

²³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9.

²³⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9.

²³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

²³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9.

²⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

se mantiver a perspectiva pedagógica – reforma subjetiva do sujeito adolescente – das medidas socioeducativas, nada muda.²⁴¹

Fica claro que a resistência do autor em admitir e reconhecer natureza penal no modelo punitivo juvenil está ancorada num intenso receio de que o paradigma penal sirva para justificar a realização de um exercício de moralização contra o adolescente, por meio de um discurso de ressocialização. É justamente dessa preocupação que surge a ideia de reconhecer, ao contrário, que a legislação definiu a existência de um modelo infracional autônomo:

O que se pretende construir, de fato – as críticas são decorrentes da Democracia -, é uma atuação na área da Infância e Juventude, especialmente no ato infracional, que respeite o adolescente em sua singularidade e não se arvore em nome da nazista pretensão pedagógica, na imposição de um modelo de conduta social, de normatização (Foucault), sendo que as garantias processuais não decorrem do Direito Penal, mas da normativa aplicável aos atos infracionais, da Democracia Republicana.²⁴²

O outro ponto destacado por Rosa como sendo um gravoso equívoco da corrente penal juvenil seria a impossibilidade de configuração do ato infracional como conduta típica, ilícita e culpável.²⁴³ Notadamente, a doutrina especializada transforma “culpabilidade” em “responsabilidade” – no intuito de afirmar que o último atributo do conceito estratificado de crime foi preenchido. Contudo, tal construção não satisfaz o autor, que entende que as duas construções não são sinônimas.

Recentemente, a obra em comento recebeu nova edição, revista e atualizada.²⁴⁴ O tópico que cuida da objeção ao modelo de Direito Penal Juvenil praticamente repete o conteúdo da publicação original – o que revela que, mesmo 16 anos depois, a posição do autor permanece a mesma. Há uma passagem acrescida ao tópico que apenas reforça a tônica do seu argumento – a preocupação com o avigoramento punitivo na esfera juvenil e a incompreensão quanto ao conteúdo do modelo teórico garantista:

Talvez, tentativa desenfreada de aproximar oficialmente ou doutrinariamente o que se vê na prática, o cumprimento da privação de liberdade de adolescente mais similar a dos adultos no sentido que, muitas vezes, a inobservância do modelo garantista

²⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 14.

²⁴² ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 14-15.

²⁴³ ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.10.

²⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** 3.ed. Florianópolis: Emais, 2022.

transforma a medida socioeducativa mais perversa que a própria pena do Direito Penal.²⁴⁵

Linha de raciocínio bastante semelhante é adotada por Mário e Henrique Ramidoff,²⁴⁶ em obra dedicada a defender a necessidade de reconhecimento do modelo punitivo juvenil como um “Direito Socioeducativo” autônomo. A crítica ao discurso pretensamente garantista está também presente, como na passagem a seguir:

A discursividade garantista que busca legitimar e justificar a intervenção estatal repressivo punitiva, na área jurídico-legal (protetiva) infanto-adolescente, não oferece nenhuma segurança plausível à efetivação jurídica e social das liberdades públicas (substanciais) afetas à criança e ao adolescente.²⁴⁷

A percepção, fundada na criminologia, de que o Direito Penal funciona como instrumento de opressão seletivo, chancelando a realização de “práticas antidemocráticas”,²⁴⁸ compatibiliza-se igualmente com o discurso de Rosa. Interessante destacar a abordagem criminológica crítica do autor, que vem manifestada pela afirmação de que a admissão da existência de um *modelo penal juvenil* representa a aceitação “rápida de medidas emergenciais e extraordinárias, que são propostas em relação às ‘urgências’ ditadas pelas hegemonias político-econômicas”. Ou seja, trata-se o Direito Penal Juvenil como faceta do Direito Penal de Emergência.

Ramidoff e Ramidoff também têm posição categórica quanto à objeção da noção penal juvenil, por entenderem não haver compatibilidade entre o princípio da proteção integral e um tratamento penal do adolescente e por acreditarem que o Direito Penal não se destina à proteção desse público, pois incapaz de fazê-lo.

A despeito de existirem objeções levantadas pela doutrina, este trabalho filia-se à corrente que reconhece no modelo de atendimento ao adolescente em conflito com a lei natureza de Direito Penal Juvenil, como o próprio título do estudo indica. Contudo, tomada de tal posição não representa um ataque à corrente adversarial, que identifica o “Direito Infracional” como sistema apartado e ramo autônomo. Há de se destacar que muitos dos pontos problemáticos evidenciados pelos autores acima analisados causam preocupação também a este pesquisador.

²⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. 3.ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 35.

²⁴⁶ RAMIDOFF, Henrique Munhoz Bürgel; RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Socioeducativo:** responsabilização diferenciada de adolescente. 1.ed. Califórnia (EUA): Independently Published (AmazonKindle), 2019.

²⁴⁷ RAMIDOFF, Henrique Munhoz Bürgel; RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Socioeducativo:** responsabilização diferenciada de adolescente. 1.ed. Califórnia (EUA): Independently Published (AmazonKindle), 2019. p.17.

²⁴⁸ RAMIDOFF, Henrique Munhoz Bürgel; RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Socioeducativo:** responsabilização diferenciada de adolescente. 1.ed. Califórnia (EUA): Independently Published (AmazonKindle), 2019. p.18.

Um desses tópicos, que também é indicado por Ferraz, seria o temor, diante da afirmação aqui em exame, pela ampliação da esfera punitiva e mesmo um “fortalecimento indesejado do Direito Penal”,²⁴⁹ que culminariam no prejuízo da finalidade pedagógica da intervenção socioeducativa e na consolidação de uma “racionalidade retributiva”.²⁵⁰ Em outras palavras, é pensar que receber a “etiqueta” do Direito Penal acompanha uma série de adversidades: problemas históricos e estruturais, além de uma concepção consolidada em favor da retribuição e do castigo como fatores essenciais à experiência penal.

Ademais, é preciso levar conta as demandas sociais por avigoramento punitivo, tão presentes na atualidade, provenientes de uma população que vê no sistema penal (e nas suas garantias) um empecilho para a efetiva punição dos delinquentes – o dito Direito Penal de Emergência, referenciado por Ramidoff e Ramidoff.²⁵¹

A vigorosa ressalva que se faz quanto ao caráter autoritário e moralizante das medidas socioeducativas, com base no exame da finalidade pedagógica – e mesmo a afirmação de que tal característica é incompatível com o paradigma punitivo democrático de matriz garantista –, também encontra aceitação neste estudo. Mais do que tudo, fica evidente que os críticos ao reconhecimento da natureza penal juvenil do modelo socioeducativo levantam suas discordâncias por entenderem que é o modelo de “Direito Infracional” ou de “Direito Socioeducativo” que foi consagrado pelo ordenamento jurídico, pois é aquele que mais se compatibiliza com o sistema de garantias fundamentais do adolescente em conflito com a lei.

Portanto, ao menos sob esse aspecto, as duas posições são convergentes – já que disputam a posição de ser a que mais se compatibiliza com a lógica delineada pela Constituição e pela legislação especial, de absoluta prioridade da proteção dos direitos e garantias fundamentais do adolescente –, não se podendo negar por completo a existência de argumentos relevantes no outro polo da discussão.

A despeito de haver pontos que pesam contra a afirmação do modelo penal, a decisão pela corrente em favor de tal paradigma foi tomada com segurança e certeza científica. O propósito de trazer o contraponto à corrente que afirma a existência de um ramo penal especial juvenil não foi apenas para evidenciar a presença de outra vertente, mas justamente para elencar os argumentos por ela apresentados, para então enfrentá-los.

²⁴⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 64.

²⁵⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 65.

²⁵¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 411-436, 2008.

Sustenta-se que a proposta penal é a que mais oferece indicativos de ter sido aquela consagrada pela ordem constitucional brasileira, pois *o modelo de Direito Penal Juvenil que ora se reconhece* apresenta respostas às objeções elencadas:

- o temor de que o Direito Penal Juvenil funcione como medida de avigoreamento punitivo vem enfrentado. Este autor não ignora a existência de inúmeras mazelas no sistema punitivo, de seu uso como instrumento de repressão seletiva²⁵² ou mesmo das demandas emergenciais em favor do embrutecimento penal e dos movimentos efetivamente colocados em prática que direcionam o modelo punitivo para sua ampliação desmedida.²⁵³ Contudo, entende-se que tais características *não constituem o Direito Penal* – mas são anomalias, a serem enfrentadas. E o enfrentamento dessas contradições deve se dar por meio do próprio sistema penal e de suas garantias;
- ademais, este estudo, na esteira do que faz Ferraz, adotada uma *postura cuidadosa* com o termo “Direito Penal”, sabidamente polissêmico. A expressão “Direito Penal Juvenil” tem inspiração nas lições de Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar,²⁵⁴ como um ramo do saber jurídico que propõe aos juízes um sistema orientador de decisões para conter e reduzir o poder punitivo mediante a interpretação das leis penais²⁵⁵ relativamente ao público adolescente. A proposta da afirmação é, portanto, também a *enunciação de um tratamento científico, jurídico e dogmático da matéria*;
- a ideia de que o modelo de imposição de reprimendas ao adolescente em conflito com a lei não se compatibiliza com a dogmática penal também parece não resistir ao exame que aqui se quer realizar. A literatura já enfrentou essa questão, notando-se a existência de relevantes estudos que se debruçam especificamente sobre a construção de um *modelo de teoria do delito aplicada à delinquência juvenil* e, ainda, trabalhos específicos sobre o atributo da culpabilidade. O assunto será tratado em tópico específico;

²⁵² SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. A seletividade do direito penal e a teoria da co-culpabilidade *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). **Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. 1.ed. Belo Horizonte: D. Plácido, 2016. p. 589-606.

²⁵³ SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. **Emergência penal e garantias do Estado Constitucional de Direito**: estudo sobre uma insuperável contradição a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1.

²⁵⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 114.

- A objeção que se realiza quanto a caráter antidemocrático, antigarantista, autoritário e moralizante do modelo de execução das reprimendas juvenis, amparadas pelo ideal de ressocialização (em decorrência da finalidade pedagógica), é completamente acatado neste estudo. Em verdade, trata-se de um dos pontos centrais do debate aqui empreendido. E será justamente a referência a *postulados do Direito Penal* que servirá à superação dessa indesejável característica – com a proposta de um modelo que venha a extinguir tal particularidade da sistemática socioeducativa.

Vale enfatizar, mais uma vez, que não se está a defender a equiparação no tratamento entre adultos e adolescentes, todos sob a mesma “etiqueta” do Direito Penal. Nos termos aqui definidos, a afirmação de um Direito Penal Juvenil representa o reconhecimento de um modelo penal especial, que incorpora para os adolescentes as garantias idealizadas para o público adulto (máximas de limitação da intervenção estatal), contemplando, ademais, todos as prerrogativas peculiares a essa categoria, decorrentes da condição de pessoa em desenvolvimento. Tal configuração, que visa o aprimoramento do tratamento dado ao adolescente em conflito com a lei, mostra-se não somente possível, como necessária, pois indispensável para garantir que o adolescente seja tratado como sujeito de direitos e tenha acesso a todas as prerrogativas que lhe são devidas.

Na mesma senda, destaca-se a lição de Ana Pauta Motta Costa, que assinala que a negação da natureza penal do modelo punitivo juvenil representa a abdicação das garantias idealizadas para o Direito Penal democrático. Nas palavras da autora:

O caráter garantista de uma legislação exige a aplicação plena de preceitos legais válidos perante o conjunto do sistema legal. Existindo dúvidas sobre a natureza penal da legislação juvenil, acaba-se por desconsiderar todo o sistema correspondente de garantias Constitucionais e de princípios aplicáveis de Direito Penal.²⁵⁶

De maneira complementar ao que foi aqui assinalado, o tópico que tratou da unidade do poder punitivo assentou a ideia de que o modelo constitucional brasileiro estabelece um rol de garantias comuns a todos os ramos do direito público nos quais o estado exerce seu poder contra direitos fundamentais dos cidadãos. Tal constatação reforça a tese da possibilidade de invocar para o modelo socioeducativo os princípios de limitação idealizados para o sistema penal/penitenciário.

²⁵⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81.

Nesse sentido, eis a lição de Minatel sobre a aplicabilidade dos postulados de limitação do poder punitivo ao modelo infracional:

Embora a teoria esteja, em tese, e por razões óbvias, voltada à aplicação na seara penal e processual penal, onde o poder punitivo do Estado é assente, não se pode desconsiderar sua importância nos demais ramos do direito, nos quais o Estado possa exercer atos de coação em detrimento de direitos fundamentais. Em outras palavras, sempre que o Estado puder exercer atos de força, o garantismo penal poderá ser aplicado para impor limites legítimos à coerção estatal.²⁵⁷

A afirmação de Carvalho vem na mesma direção:

Os princípios de garantia contra os excessos punitivos aparecem na Constituição, em sua integralidade, direcionados à limitação das penas (...). Ocorre que o sistema sancionatório não é configurado exclusivamente aos imputáveis, mas é igualmente integrado pelas medidas de segurança e pelas medidas socioeducativas, respostas jurídicas aos inimputáveis etários (adolescentes em conflito com a lei) e psicológicos (portadores de sofrimento psíquico) que praticaram fato previsto como crime.²⁵⁸

Saraiva adota a mesma linha argumentativa ao defender que, levando-se em conta que o modelo socioeducativo contempla a imposição de sanções que interferem na liberdade individual, é necessário *disponibilizar aos adolescentes acesso ao devido processo legal e às garantias do Direito Penal*, prerrogativas inerentes ao contexto do exercício do poder punitivo.

Há que existir a percepção que o Estatuto impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, do garantismo jurídico, e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.²⁵⁹

A lição de Karyna Sposato reforça o ponto de vista em exame, acrescentando o argumento de que garantias do sistema penal representam prerrogativas de direitos humanos, razão pela qual qualquer sujeito de direitos – o adolescente, inclusive e especialmente – pode acessá-las. Notadamente:

É justamente a condição de pessoa humana de crianças e adolescentes o que imprime a nova configuração do direito penal juvenil. Ressalta-se que as crianças e adolescentes gozam de direitos consagrados para todos os seres humanos, cujo dever de promoção

²⁵⁷ MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. **Revista da Defensoria Pública**, Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 2. p. 19-35, 2013. p. 20.

²⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 293.

²⁵⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.103.

e garantia é do Estado. Pelo princípio da igualdade, reconhece-se ainda a existência de proteções jurídicas e direitos específicos a certos grupos de pessoas, entre os quais estão a infância e a adolescência.²⁶⁰

Tal construção, ademais, tem chancela até mesmo nas normativas internacionais. A saber:

De fato, desde 1979 a interpretação do Pacto de Direitos Civis e Políticos pelo Comitê de Direitos Humanos levou ao reconhecimento de **garantias penais substantivas e processuais no âmbito da legislação de menores**, como decorrência da doutrina que determina que a aplicabilidade dos direitos e garantias reconhecidos a todos as pessoas diante do sistema penal não está no reconhecimento pelo direito interno de sua natureza penal e tampouco na tipificação das condutas, mas sim nas consequências que sua aplicação pode implicar para o interessado. **A aplicabilidade das garantias penais, portanto, terá sempre ligar diante da afetação da liberdade individual ou da imposição de qualquer consequência de tipo punitivo** (grifo nosso).²⁶¹

Há anos tem se consolidado o entendimento em favor da aceitação da aplicabilidade dos postulados de limitação à imposição da privação de liberdade para o público adolescente, como consequência da interpretação de diplomas internacionais de destaque.

2.5 Considerações sobre a culpabilidade do adolescente em conflito com a lei

A noção de *culpabilidade fundamento* – como elemento do conceito estratificado de delito – é assinalada na literatura jurídica, de maneira geral, como um juízo de reprovação que recai sobre o indivíduo que optou por agir contrariamente ao direito em ocasião que poderia ter se comportado de acordo com a norma.²⁶² Tendo em vista a aceitação da “teoria finalista da ação” como o paradigma adotado no modelo penal brasileiro – posição majoritária na doutrina nacional –, o atributo da culpabilidade tem seu conteúdo dado por meio de três elementos normativos, acima referenciados.

Um desses elementos, e possivelmente o que mais interessa ao presente estudo, é a imputabilidade – ou, em outros termos, a capacidade de ter imputada a si a prática de um delito.²⁶³ A relevância de tal componente se revela na relação direta que ele manifesta com a matéria infantojuvenil, já que o próprio Código Penal define que crianças e adolescentes são

²⁶⁰ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.67.

²⁶¹ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.67.

²⁶² COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.75.

²⁶³ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.76.

inimputáveis, revelando, nesse sentido, a não satisfação de um dos requisitos da culpabilidade.

A saber:

TÍTULO III
DA IMPUTABILIDADE PENAL
Inimputáveis
Menores de dezoito anos
Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Tal previsão legal serve como um dos principais argumentos a favor da negação da natureza penal do modelo socioeducativo. Em outras palavras, se não há como satisfazer todos os requisitos da culpabilidade como elemento do conceito de delito, não há que se falar em prática de crime – mas de ato infracional, o que invoca a aplicação da sistemática específica do ECA. Como sintetiza Ana Paula Motta Costa, “[o] elemento da imputabilidade é de fato o diferencial no que se refere à condição de culpabilidade dos adolescentes em relação aos adultos”.²⁶⁴

Ocorre que, insatisfeita com tal solução, a doutrina especializada tem empreendido esforços no sentido de reconhecer a existência de uma *culpabilidade especial* do adolescente perante o sistema penal juvenil.²⁶⁵

O primeiro argumento favorável a tal corrente é a constatação de que, em concreto, o modelo penal juvenil encontra um obstáculo somente quanto ao atributo da imputabilidade. Os demais componentes da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude – encontram possibilidade de aplicação na seara. Em outras palavras, sendo a culpabilidade, na acepção em destaque, o *fundamento* da pena, o alcance dos seus requisitos é garantia conferida ao cidadão de que só será punido se todos eles forem manifestados. Não permitir que o adolescente seja isento de reprimendas nas ocasiões em que se verifica “erro de proibição” ou “coação moral irresistível”, por exemplo – justificantes que se relacionam aos elementos destacados – é negar a ele acesso às prerrogativas que o adulto tem.

Mais uma vez se observa a postura de reconhecimento – aqui, da existência de uma culpabilidade penal juvenil –, que tem por consequência a exigência pela efetivação dos direitos do público adolescente em conflito com a lei. Sobre a temática, vale destacar o trabalho de

²⁶⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77.

²⁶⁵ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77.

Ferraz,²⁶⁶ que dedica grande parte da obra em comento, fruto de sua pesquisa de mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, a discutir o ajustamento dogmático dos elementos da culpabilidade ao modelo penal juvenil. A solução que ele apresenta merece ser aqui brevemente comentada.

Em síntese, o que está a defender o autor é a existência de uma culpabilidade juvenil, que contempla todos os atributos do referido elemento – até mesmo da imputabilidade. Comenta Ferraz que a doutrina penal juvenil mais moderna tem sustentado a existência de uma imputabilidade *sui generis* para o adolescente, que “habilitaria a investigação superveniente dos demais elementos da culpabilidade”.²⁶⁷

O autor assinala que, embora a Constituição (e, no mesmo sentido, o Código Penal) consagre uma vedação etária à imputabilidade penal, definindo a necessidade de tratamento distinto entre adolescentes e adultos, isso não representa a vedação para a construção de um conceito de imputabilidade diferenciada, que contemple o público entre 12 e 18 anos de idade.²⁶⁸ É preciso admitir que o adolescente possui certo grau de imputabilidade, “uma imputabilidade própria, diferenciada, do sujeito adolescente”²⁶⁹ e, com base em tal admissão, avaliar se haveria defeito na satisfação do atributo, diante da constatação das demais hipóteses de inimputabilidade.

Nesse sentido, Ferraz defende que deve ser reconhecida, também no Direito Penal Juvenil, a *inimputabilidade por sofrimento psíquico*, quando o adolescente padecer de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado²⁷⁰, configurando-se a hipótese do art. 26 do Código Penal.²⁷¹

Sobre o assunto, vale também referenciar o estudo de Caldieraro,²⁷² que propõe a realização de um duplo exame a respeito da imputabilidade do adolescente. A averiguação do critério etário, em vigor na legislação atual, viria acompanhada do exame do critério psíquico,

²⁶⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021.

²⁶⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 203.

²⁶⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 204.

²⁶⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 205.

²⁷⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 208.

²⁷¹ Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

²⁷² CALDIERARO, Leonardo Domingos Grandi. **Dupla imputabilidade**: a alienação mental como excludente de responsabilidade infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande-RS, 2015.

a fim de se avaliar a existência de transtorno mental, o que justificaria o afastamento da aplicação das medidas socioeducativas.

O comentado autor também justifica sua proposição, como o presente estudo, no escopo de promover a incorporação integral dos “direitos dos adultos que cometeram delitos aos adolescentes infratores”.²⁷³

O tema, vale ressaltar, gera grandes polêmicas na jurisprudência e na literatura jurídica, pois não existe um regramento específico para definir a aplicação de reprimenda ao adolescente que se encontra em tal situação. Contudo, o cenário de indeterminação legislativa não pode justificar a não aplicação do instituto. Ao contrário, o *status* de absoluta prioridade atribuído pela Constituição Republicana de 1988 à proteção dos direitos do adolescente indica a necessidade de reconhecimento da referida causa de inimputabilidade. Outrossim, as especificidades do público juvenil definem limites distintos de aplicação do instituto: deve-se levar em conta que um transtorno psíquico pode acometer “adultos e adolescentes de forma diferenciada, como podem ocorrer transtornos peculiares em adolescentes em razão das condições de desenvolvimento e amadurecimento próprias desse período”.²⁷⁴

Também é defendida pelo autor a aplicação *da inimputabilidade por embriaguez ao público* adolescente. No Direito Penal comum, o instituto é disciplinado no art. 28, II, do Código Penal, que define:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

²⁷³ CALDIERARO, Leonardo Domingos Grandi. **Dupla imputabilidade**: a alienação mental como excludente de responsabilidade infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande-RS, 2015. p.7.

²⁷⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 209.

Em síntese, a legislação estabelece que somente a embriaguez completa – e oriunda de caso fortuito ou força maior – exclui a imputabilidade. Se incompleta, nos mesmos termos, funciona como causa de diminuição da pena.

Na sistemática do Direito Penal comum, a embriaguez voluntária ou culposa não tem o condão de afastar a aplicação da sanção penal. A embriaguez preordenada, por sua vez – ou seja, quando o indivíduo se embriaga deliberadamente com o propósito de praticar o ilícito enquanto alterado pelo consumo das substâncias consumidas –, para além de não afastar a imputabilidade, é indicada como circunstância agravante genérica pelo Código Penal:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

l) em estado de embriaguez preordenada.

A adoção da *inimputabilidade por embriaguez* na esfera do Direito Penal Juvenil deve tomar como pressuposto a noção de que o adolescente é reconhecido pelo ordenamento jurídico como indivíduo “diferenciado e mais vulnerável”²⁷⁵ em comparação com o adulto e, portanto, dotado de menor autonomia e autorresponsabilidade. Como consequência, a legislação prevê uma série de restrições ao exercício da vontade pelos adolescentes – como a de fornecimento de produtos alcoólicos ou substâncias de efeitos análogos a esse público.

Partindo dessas ponderações, Ferraz defende que o tratamento jurídico do público adolescente, nas situações em que se verifique *redução ou eliminação da autorresponsabilidade* – como no caso da embriaguez –, não pode ser o mesmo dado ao adulto. Menor razão existe para admitir que o adolescente receba tratamento mais rigoroso. A proposta do autor é que, na embriaguez *voluntária* ou *culposa*, o adolescente possa ser exculpado ou, ao menos, ter a sanção atenuada. Isso, porque não “se mostra proporcional que a imprudência, que motiva a punição da embriaguez adulta, seja motivo para punir a embriaguez do adolescente”,²⁷⁶ tendo em vista que, com relação ao jovem, “a negligência e a desatenção de modo geral fazem parte de sua própria condição individual e social, do seu próprio processo

²⁷⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 211.

²⁷⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 211.

real de amadurecimento”.²⁷⁷ A adolescência é uma fase repleta de experiências novas, e o adolescente poderá se deparar, eventualmente, com situações nas quais terá contato com álcool e outras substâncias afins – e isso faz parte do amadurecimento.²⁷⁸ Exigir que ele adote o mesmo dever de cuidado e de precaução de um adulto, relativamente ao consumo de substâncias entorpecentes, é desconsiderar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e tratá-lo como indivíduo plenamente desenvolvido.

Ferraz assinala, ademais, que também existe espaço para a análise da *potencial consciência da ilicitude* dentro do universo da culpabilidade juvenil. Destaca o autor, contudo, que no tratamento da questão deve-se ter em conta que a compreensão do adolescente sobre a ilicitude de um ato se constrói por meio de um referencial normativo próprio, compatível com as experiências e capacidades de um jovem – e que é muito diferente do referencial de um adulto. Isso se deve à condição peculiar de desenvolvimento – e ao processo de amadurecimento do adolescente – e, também, às questões sociais e culturais em meio às quais ele se vê submetido como jovem. O autor entende, nesse sentido, que se deve avaliar a eventual configuração de erro de proibição (exculpante ligada ao instituto da *potencial consciência da ilicitude*), por parte do adolescente, com base em critérios desenvolvidos especificamente para esse público.²⁷⁹

Sobre o último atributo da culpabilidade – a *exigibilidade de conduta diversa* –, Ferraz concentra suas considerações na análise das duas exculpantes previstas no Código Penal com relação à matéria, quais sejam, *coação moral irresistível* e *obediência hierárquica*.

O autor observa, ao discutir a primeira exculpante, que “um adolescente possui menor capacidade de resistência à coação do que um adulto”,²⁸⁰ sobretudo por suas capacidades intelectivas e psicológicas estarem ainda em desenvolvimento. Assim, os critérios de aferição da *irresistibilidade da ameaça* promovida contra o jovem devem ser diferenciados daqueles definidos no Direito Penal comum.

²⁷⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 212.

²⁷⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 211.

²⁷⁹ Vale destacar que o autor desenvolve cinco orientações específicas para o tratamento da potencial consciência da ilicitude na esfera penal juvenil, que são detalhadamente explicadas em sua obra (p. 214-226). Este estudo não realizará uma análise pormenorizada de tal proposição, mas a construção do autor é indicada como referência sobre o assunto. A saber: a) trabalhar a cognoscibilidade do injusto como um problema de compreensão; b) redimensionar o âmbito de compreensão do injusto; c) revisar as formas de se obter a compreensão do injusto; d) oferecer uma solução para eventuais problemas de dúvida em erro de proibição no Direito Penal Juvenil; e) apresentar o erro de proibição culturalmente condicionado como uma nova espécie de erro de proibição, apta a ser desenvolvida neste âmbito do ordenamento.

²⁸⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 231.

Ferraz debate, outrossim, a aplicação da causa de exclusão em exame no contexto da delinquência juvenil em torno do tráfico ilícito de entorpecentes, notadamente, no seio de organizações criminosas e no desempenho da função de “mula” – pessoa que transporta droga a mando de um traficante. Observa o autor que, de maneira geral, a jurisprudência não admite qualquer possibilidade de aplicação do instituto da coação moral irresistível aos envolvidos nesse tipo de atividade. Nesse contexto, defende Ferraz que o adolescente merece receber tratamento distinto, senão com a exculpação, ao menos com a minoração de sua reprimenda, uma vez que o “constrangimento e a ameaça”²⁸¹ sofridos pelo jovem têm magnitude majorada, muito mais relevante que os experimentados pelo adulto no mesmo cenário, o que não pode ser ignorado.

As considerações do autor são especialmente pertinentes quando se leva em conta que a análise empírica indica o tráfico de drogas como modalidade de ato infracional que figura entre as mais praticadas pelos adolescentes em cumprimento de medida privativa de liberdade no Brasil, sendo a segunda maior em quantidade nas Regiões Sul e Sudeste.²⁸²

Por fim, sobre a obediência hierárquica, Ferraz pontua que, embora o instituto cuide de uma relação jurídica com conteúdo técnico bem delimitado (entre um funcionário público e seu superior hierárquico), que é improvável de existir no público adolescente (diante das exigências para ingresso nas carreiras públicas, incompatíveis com a menoridade ou com o nível de instrução de um adolescente), é possível debater a aplicação da exculpante ao Direito Penal Juvenil desde que se limite a discutir situações que guardem certa similitude com a relação jurídica prevista na legislação e possuam “razoável potencial exculpatório”.²⁸³

Ao que tudo indica, o autor está a definir não a utilização propriamente dita do instituto, mas sua aplicação por meio de analogia *in bonam partem*, exigindo que, em situações nas quais se verifique significativa semelhança com a relação prevista na lei – relações de obediência –, a mesma solução jurídica seja adotada. Ferraz identifica situações de obediência em três categorias: relações privadas de trabalho; contexto familiar; e organizações ou associações criminosas.²⁸⁴

²⁸¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 232.

²⁸² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p. 46.

²⁸³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 233.

²⁸⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 233.

Com efeito, a doutrina majoritária define que a obediência hierárquica tem sua aplicação limitada às relações de direito público, pois assiste ao particular a prerrogativa de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma, senão em virtude de lei.²⁸⁵ Assim, a operabilidade do instituto é inviabilizada na prática, quando se refere aos particulares. As relações de direito privado não contemplam as figuras da *ordem do superior hierárquico* e da *desobediência*, necessária à sua aplicação.

Há de se ter em conta, ainda, que a regra em exame é concebida em função de uma pessoa adulta e capaz, “a qual se pressupõe livre e sem condicionamentos à sua vontade”.²⁸⁶ O adolescente, por sua vez, não se encontra na mesma condição do adulto, razão pela qual recebe tratamento especial do ordenamento jurídico, que regulamenta com rigor o trabalho juvenil. Assim, parece haver aqui espaço para se argumentar em favor da aplicação de uma *causa supralegal de exculpação* para o adolescente que pratica ato infracional ao atender comando não manifestamente ilegal de seu superior na esfera laboral – sobretudo quando se pensa no trabalho juvenil ilegal –, diante do evidente desequilíbrio que se detecta na relação laboral.

A explicação sobre o uso da exculpante em exame no âmbito das relações familiares invoca a utilização de um instituto do Direito Civil, o temor reverencial, que representa o receio de desagradar os pais ou quaisquer pessoas às quais o adolescente esteja ligado por uma relação de dependência ou subordinação hierárquica.²⁸⁷ A doutrina civilista admite que o temor reverencial, em situações extremas, representa uma espécie de intimidação grave, capaz de justificar até mesmo a invalidação dos negócios jurídicos.²⁸⁸

Transpondo a ideia do instituto para o Direito Penal Juvenil, Ferraz observa que a condição de dependência e subordinação familiar – material e/ou emocional – é característica comum ao público adolescente. Nesse sentido, o temor reverencial tem grandes possibilidades de se manifestar, de forma que atos infracionais podem vir a ser praticados por influência desse temor, sentindo-se o jovem compelido à prática da infração,²⁸⁹ até mesmo pela expectativa de sofrer represálias caso não se comporte dessa maneira. Dessa forma, defende-se que o temor

²⁸⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 232.

²⁸⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 233.

²⁸⁷ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 234.

²⁸⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 234.

²⁸⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 235.

reverencial (a depender das condições do caso concreto) pode figurar como causa supralegal de exculpação para o adolescente.

Por fim, a derradeira situação similar à obediência hierárquica elencada por Ferraz trata do envolvimento de adolescentes em associações ou organizações criminosas. Excluída a hipótese de autoria mediata, por meio da qual o adolescente atua como instrumento a serviço de outrem, e, portanto, não pode ser responsabilizado,²⁹⁰ há de se ter em conta que, no âmbito de organizações criminosas, a exigibilidade de atuação do adolescente é menor, impondo-se, por isso, menor censura.²⁹¹ É a própria ordem normativa que consagra tal entendimento ao prever o delito de “corrupção de menores”²⁹² (art. 244-B do ECA), que criminaliza a conduta do adulto que pratica ilícito penal em concurso com adolescente ou o induz a praticá-lo. A premissa do ordenamento é a deque, em razão da condição peculiar de desenvolvimento, o adolescente pode sofrer severos danos à formação da sua personalidade e ao desenvolvimento da sua maturidade ao se envolver na prática de delitos com adultos ou por influência deles. Daí a justificativa para que, no julgamento da culpabilidade juvenil, a hipótese aqui discutida funcione, ao menos, como critério para definir uma redução na responsabilidade.

Para além do debate sobre a culpabilidade-fundamento, é necessário destacar como as demais dimensões do postulado se manifestam no modelo penal juvenil.

A segunda acepção do princípio – culpabilidade medida da pena (a noção de que a reprimenda deve respeitar um limite ligado ao nível de reprovação da conduta praticada) – tem especial utilidade na sistemática de imposição das medidas socioeducativas, pois, como se destacou, o modelo em vigor padece de grandes deficiências no que se refere à delimitação de critérios para a definição das medidas a serem aplicadas, concedendo enorme margem de discricionariedade para os magistrados. Nesse sentido, é precisa a colocação de Karyna Sposato:

No Direito penal juvenil, é certo que a garantia do princípio da culpabilidade se faz mais relevante que no direito penal em geral. Em parte, isso se explica porque, no Direito penal juvenil, não existem limites mínimos para a medição das sanções e sua eleição, de modo que é necessário preencher o amplo espaço da discricionariedade judicial com decisões valorativas consistentes, entre as quais não cabe dúvida de que

²⁹⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 236.

²⁹¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 236.

²⁹² Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.

a culpabilidade, concebida como condição de legitimidade da imposição de toda reação penal cumpre um papel fundamental.²⁹³

Na mesma esteira, Ferraz²⁹⁴ identifica uma ampla gama de discricionariedade no modelo de imposição das reprimendas socioeducativas, o que acentua a insegurança jurídica e o arbítrio judicial. Assim, invocar a culpabilidade como elemento de delimitação da sanção poderia contribuir para enfrentar o quadro em questão:

Encaixar e delinear a culpabilidade nesse sistema pode contribuir para minimizar estes problemas, uma vez que potencializa e concretiza os princípios e normas fundamentais de proteção relativas a adolescentes, e, principalmente, porque possibilita uma construção decisória baseada em argumentos racionais.²⁹⁵

A afirmação da culpabilidade juvenil serviria, ademais, como medida de enfrentamento de uma das características aqui evidenciada como problemática – a imposição da privação de liberdade por prazo indeterminado.

Se a ideia deste trabalho é propor uma reforma do modelo em vigor, de maneira a limitar as hipóteses de encarceramento juvenil e mesmo abolir a sistemática por período indeterminado, a noção de culpabilidade como *medida da pena* se afigura como diretriz de inevitável observância pela proposta a ser apresentada. Aliás, Karyna Sposato e Ferraz destacam que o implemento de mudanças legislativas, como a aqui pretendida, é medida necessária.

De “lege ferenda”, a previsão de limites temporais máximos para as medidas socioeducativas, consagrando instrumentos de controlabilidade decisória, pode ser uma contribuição importante para reduzir o arbítrio e a insegurança jurídica.²⁹⁶

E ainda:

Evidente também que isso não afasta por completo a necessidade de algumas alterações legislativas que possibilitem reduzir o arbítrio judicial, garantindo maior objetividade e menor seletividade arbitrária na escolha das sanções e na aplicação de alternativas despenalizadoras de cunho processual.²⁹⁷

²⁹³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.213.

²⁹⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 247.

²⁹⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 247.

²⁹⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 248.

²⁹⁷ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213.

Por fim, a aceção da culpabilidade como vedação à imposição de um modelo *de responsabilidade penal objetiva* também se mostra perfeitamente compatível com a estrutura do Direito Penal Juvenil. O adolescente também só pode ter a ele imputada a prática de conduta a que tenha dado ensejo de maneira dolosa ou culposa. Tal entendimento encontra-se consolidado na prática, não havendo qualquer posição a favor da aplicabilidade de responsabilidade penal objetiva à seara juvenil.

Contudo, há um ponto pouco debatido dentro desse contexto merece, mas que se mostra relevante para a proposta de reforma defendida neste estudo. Em concreto, a imposição de pena em razão da prática de delito na forma culposa é medida excepcional no modelo punitivo brasileiro. Nas ocasiões em que ocorre – expressas na lei –, a reprimenda aplicável é sempre consideravelmente inferior à da modalidade dolosa. Ou seja, trata-se a culpa de maneira menos severa que o dolo. Ocorre que, no sistema de imposição das medidas socioeducativas, nem sempre é possível reproduzir tal tratamento.

No modelo de seleção e de execução das reprimendas, diante de todas as características destacadas, é possível vislumbrar que o mesmo delito, se praticado por dois adolescentes distintos – um na modalidade culposa e outro na dolosa –, ensejaria a aplicação da mesma sanção e a manutenção do adolescente em medida privativa de liberdade por igual período. Tal questão merece, portanto, ser enfrentada.

2.6 Impasses e contradições do modelo penal juvenil brasileiro: uma tentativa de solução por meio da aplicação dos princípios de limitação do *ius puniendi* estatal ao modelo socioeducativo

O modelo de imposição de reprimendas privativas de liberdade ao público adolescente padece de graves contradições, entre as quais se pretende evidenciar a flagrante ofensa aos postulados de limitação do poder punitivo, bem como aos princípios específicos do modelo legal juvenil analisados neste estudo.

A despeito de a legislação prever que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso que o adulto (art. 35, I, da Lei do Sinase – Lei 12.594/2012), o sistema punitivo dedicado aos adultos – ou seja, o Direito Penal – contempla *mais garantias* do que o modelo socioeducativo. Tal situação é completamente inaceitável.

O confronto entre a sistemática atualmente em vigor e os postulados examinados servirá não somente ao diagnóstico das contradições do modelo penal juvenil, mas também ao prognóstico das mudanças a serem implementadas.

As questões que se quer enfrentar já foram acima evidenciadas, mas aqui vale reprimir o conteúdo da problemática: a) o modelo de imposição de reprimendas socioeducativas; b) o modelo de execução da semiliberdade e da internação; c) o conteúdo das ditas finalidades pedagógicas e punitivas da privação de liberdade juvenil.

2.6.1 A aplicação da medida socioeducativa e o Direito Penal de Autor

Em tópico dedicado à apresentação do panorama geral da sistemática de imposição das reprimendas penais juvenis (seção 2.1), foi ressaltada a indefinição de critérios para a escolha da medida socioeducativa a ser aplicada por ocasião da condenação do adolescente pela prática de ato infracional. Notadamente, destacou-se a falta de critérios precisos – tendo sido identificada somente a previsão de hipóteses autorizativas da imposição da internação, mesmo assim, pouco delimitadas, pois construídas com vocabulário vago.

Em especial, a dicção do § 2º do art. 122 do ECA foi tratada como dispositivo que permite a aplicação da privação da liberdade em razão exclusivamente de características do adolescente – a medida “mais adequada” em razão de sua estrutura familiar, defasagem escolar, entre outras questões de ordem pessoal e socioeconômica.

Esse cenário tem chamado a atenção da literatura jurídica especializada. Sobre a matéria, destaca-se a pesquisa empírica realizada por Sposato e Minahim,²⁹⁸ publicada na Revista Direito GV, que examinou 40 julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, na busca de identificar os principais argumentos utilizados como fundamentação para aplicação da privação de liberdade a adolescentes infratores, em sede recursal. As decisões examinadas revelam tendências jurisprudenciais sobre a matéria, pela compilação dos discursos mais frequentemente utilizados, que aparecem de maneira repetida.²⁹⁹ Entre as várias decisões examinadas, as autoras destacaram trecho que guarda grande pertinência com a discussão que se pretende realizar. A saber:

²⁹⁸ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV**, v. 13, p. 45-75, 2011.

²⁹⁹ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV**, v. 13, p. 45-75, 2011. p. 283.

A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação – perseguida pelo apelante -, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou – ainda que informalmente -, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual, não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada.³⁰⁰

A passagem da jurisprudência é emblemática, pois evidencia três aspectos importantes que fazem parte do repertório habitual dos magistrados da infância e juventude.³⁰¹

O primeiro deles é a afirmação de que a de prática de ato infracional, por parte do adolescente, seria reveladora de um desajuste moral e social – ou seja, a correlação entre direito e moral, e a violação da última, invocada como fundamento para a aplicação da reprimenda.

O segundo aspecto seria a desconsideração do princípio da excepcionalidade, sob o fundamento, apresentado de maneira superficial, da escolha da aplicação da internação em *razão da gravidade* do ato infracional. A lógica utilizada é a de que ato infracional grave *exige* a aplicação da internação. Contudo, como assinalado acima, o que faz o ECA é prever as hipóteses em que a reprimenda mais gravosa *pode* ser aplicada – o que não significa que a medida *deva necessariamente* ser decretada, pois trata-se de intervenção excepcional.

O ponto derradeiro – e, provavelmente, o que mais interessa ao presente tópico – é a menção “de condições pessoais do adolescente como impeditivas ao cumprimento de medidas em meio aberto”.³⁰² Ou seja, define-se pela imposição da privação de liberdade em razão de características do socioeducando que sinalizariam pouco sucesso na execução de outras reprimendas menos gravosas.

Ana Paula Motta Costa também assinala percepção semelhante ao detectar, nas fundamentações dos processos judiciais de imposição de reprimendas socioeducativas, uma tendência favorável ao discurso da “adequação da medida aplicada em função de permitir sua contenção [do adolescente] tendo em vista seu prognóstico de voltar a delinquir”.³⁰³ Nesse sentido, a avaliação realizada pelo magistrado, mais do que se concentrar no ato infracional,

³⁰⁰ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV**, v. 13, p. 45-75, 2011. p. 283.

³⁰¹ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV**, v. 13, p. 45-75, 2011. p. 283.

³⁰² SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV**, v. 13, p. 45-75, 2011. p. 283.

³⁰³ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.157.

estaria se debruçando sobre a “periculosidade do agente”, num juízo prognóstico de propensão à delinquência. Ainda sobre a temática, outra passagem de Karyna Sposato:

É bastante comum que as condições pessoais do adolescente operem de forma mais intensa do que a verificação da sua conduta, configurando um direito penal de autor nos procedimentos da Justiça Especializada. Resta evidente que o que o adolescente é tem mais peso do que o que ele eventualmente tenha feito. Esse posicionamento pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA que dá margem a políticas repressivas e irracionais, tendo em vista que é o SER que é ‘atacado’, e não o AGIR, nas práticas infracionais.³⁰⁴

Cornelius, em trabalho dedicado a analisar o tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça a casos paradigmático envolvendo questões de Direito Penal Juvenil, observa que as características pessoais do adolescente têm grande importância na definição da medida a ser aplicada, embora a gravidade do ato infracional praticado seja também levada em consideração, de maneira preponderante.³⁰⁵

Vale invocar, ademais, a obra de Batista, considerada uma das principais referências da literatura nacional no campo da criminologia sobre a matéria do enfrentamento da delinquência juvenil, que analisa a política criminal de drogas implementada nas últimas décadas em face do público jovem, morador de favelas e de bairros pobres, da cidade do Rio de Janeiro. A autora conclui que as características dos adolescentes têm enorme relevância no julgamento dos processos que apuram a prática de atos infracionais envolvendo entorpecentes: “Em geral os processos se relacionam às famílias ‘desestruturadas’, às ‘atitudes suspeitas’, ao ‘meio ambiente pernicioso à sua formação moral’, à ociosidade [...]”.³⁰⁶

Em suma, o que a literatura jurídica indica a respeito do modelo de imposição de reprimendas socioeducativas é a consolidação, fortemente observada na esfera jurisprudencial, do entendimento de que as características do adolescente têm especial relevância para a definição da reprimenda a ser aplicada. Em outros termos, o adolescente que possui “vulnerabilidades” de ordem socioeconômica, educacional ou familiar é tido como um “caso perdido” para as medidas de meio aberto. Ademais, a simples prática de ato infracional gravoso serve como indicativo de que se trata de indivíduo perigoso, que fatalmente irá reincidir ou que possui algum defeito de moralização (por ter se dedicado à prática de ilícito).

³⁰⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

³⁰⁵ CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018. p.214.

³⁰⁶ BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009. p.135.

Estas características encontram forte objeção no conteúdo examinado neste estudo. De início, o tópico que tratou do debate sobre as finalidades da pena assentou a posição a favor da *necessidade da separação entre direito moral* como um dos postulados fundamentais de limitação do poder punitivo – que repercute, nesse sentido, na impossibilidade de aplicação de reprimenda penal em razão de defeitos de moralização do cidadão ou de características ofensivas à moral.

Na mesma direção, o debate que se realizou sobre o princípio da retributividade, consolidou a assertiva de que a pena (a medida socioeducativa é, como se destacou, entendida como uma de suas espécies) – especialmente a privação de liberdade – *só pode ser aplicada em razão da prática de ato previsto como crime*.

A imposição de sanções em razão de características do acusado – manifestação do paradigma de “Direito Penal de Autor” – foi objetada, por tratar-se de perspectiva autoritária e moralizante e mesmo desrespeitosa à dignidade da pessoa humana (já que trata o infrator como um ser inferior, “moralmente defeituoso” ou “perigoso”).

Ademais, a referência aos postulados da lesividade e da exterioridade da ação assentaram a impossibilidade de impor reprimendas em face das ações que não sejam exteriorizadas e provoquem lesões (ou, ao menos, exponham a perigo) a bem jurídico alheio. Ideias, convicções e desejos do cidadão não podem invocar, por si sós, a intervenção penal.

Fica claro que o modelo de imposições de reprimendas socioeducativas merece reformas, para que seja promovido seu ajuste aos postulados fundamentais em destaque. A mudança a ser implementada, deve, portanto: a) prever hipóteses taxativas para a imposição das medidas socioeducativas, especialmente, a internação e a semiliberdade, com a determinação de critérios precisos para a definição da reprimenda a ser aplicada; e b) extirpar a previsão legal e a prática jurisprudencial da imposição das reprimendas mais gravosas em razão de características do adolescente. A formatação do novo modelo, sob esses aspectos, será debatida no capítulo derradeiro deste estudo.

2.6.2 Indeterminação das reprimendas socioeducativas e o princípio da legalidade

A característica recém-discutida do modelo de imposição das medidas socioeducativas também esbarra na previsão de outro postulado fundamental de limitação ao exercício punitivo. Especificamente, a possibilidade de aplicação de reprimenda penal juvenil por fundamento estranho à prática de ato previsto como crime se dá em manifesta oposição ao princípio da legalidade.

O princípio em questão, tomado em sua dimensão lata ou formal, determina que a legislação estipule, com precisão, quais são as condutas proibidas e quais são as sanções aplicáveis diante (e somente diante) da prática dessas mesmas condutas.

No modelo penal juvenil, constata-se que tal postulado é respeitado apenas parcialmente. A previsão em abstrato das condutas proibidas existe por meio da *tipificação delegada*, acima exposta. O rol de delitos que podem ser praticados por adolescentes e adultos, é, portanto, o mesmo. Contudo, a perspectiva de imposição de reprimenda em razão de características do adolescente esvazia o conteúdo de tal previsão, pois, em concreto, a medida é aplicada a despeito do enquadramento legal da conduta, que tem papel secundário no processo de julgamento do ato infracional.

Nesse sentido, o modelo em vigor se aproxima do paradigma menorista, supostamente superado, já que o fundamento máximo para a intervenção estatal sobre a liberdade do adolescente permanece sendo a condição de “vulnerabilidade” ou o *status* de “menor”.

Um modelo que se configura nesses termos se mostra incompatível com o paradigma da proteção integral, com a assertiva de que o adolescente é sujeito de direitos e com o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pois o trata como objeto, merecedor de tutela, carente do “cuidado” do Estado. Assim, considera-se que o postulado da legalidade, em sua dimensão estrita, também é desrespeitado, diante da infração manifesta dos postulados basilares de proteção do adolescente, o que determina a configuração de um sistema repleto de ilegalidades.

Mais uma vez, fica constatada a necessidade de reformulação do modelo em exame – e a direção a ser seguida já foi sinalizada: complementarmente ao que foi indicado no tópico anterior, a adoção de uma sistemática de imposição de reprimendas socioeducativas ligada somente à prática de condutas previstas como crime (e não às características do adolescente) se impõe como necessária também em razão da imperiosa compatibilização com o princípio da legalidade.

2.6.3 A execução da medida socioeducativa e o exercício de moralização

Destacou-se anteriormente que os modelos de execução das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade possuem como peculiaridade o fato de não comportarem prazo determinado. Diferentemente, a lei determina que a manutenção da medida seja reavaliada em prazo máximo de 6 meses.

Nesses intervalos periódicos, a equipe de atendimento socioeducativo responsável pelo acompanhamento do adolescente encaminha um relatório ao juízo de execução. Esse documento é o principal instrumento examinado no feito, pois se debruça sobre o desenvolvimento do adolescente no programa socioeducativo. Ali, como se destacou, são registrados os avanços e retrocessos nos ditos “eixos” da socioeducação – saúde, escolarização, profissionalização, convivência familiar e comunitária, esporte, cultura e lazer. Na prática, é com base na verificação do atendimento a esses eixos que o juízo define pela manutenção ou pela liberação do adolescente.

Não há, conforme assinalado, indicativo legal preciso a respeito de quais seriam os requisitos a serem alcançados pelo adolescente para se ver liberto. A respeito do assunto, Frasseto comenta:

Um dos pontos do Estatuto mais *vulneráveis à discricionariedade*, vale dizer, diante do qual o jovem detém menos instrumentos de controle, é a **determinação temporal da duração da medida privativa de liberdade**.

A proclamação legal (art. 121, § 2º, do ECA) de que a internação "não comporta prazo determinado" não veio acompanhada da **indicação de critérios minimamente objetiváveis e controláveis para definição de sua duração, deixando a liberdade do adolescente à mercê de avaliações e reavaliações (art. 94, XIV) pessoais e sociais (art. 94, XIII), altamente subjetivas**, produzidas pelo programa de internação como subsídio para decisão judicial (art. 121, § 2º) norteada por **balizas também muito pouco precisas** (grifo nosso).³⁰⁷

A principal disposição legal que se dedica a tratar da questão, ainda que de maneira indireta, é o § 2º do art. 1º da Lei do Sinase, que impõe para a medida socioeducativa três objetivos. Vale repetir o conteúdo do texto legal:

§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

³⁰⁷ FRASSETO, Flávio Américo. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade. **Juizado da Infância e da Juventude do TJRS**, Porto Alegre, v.1, 2003. p. 23.

Nota-se que o dispositivo em exame contempla objetivos de distintas dimensões. Tomando por base a classificação trabalhada em tópico anterior, é possível associar o comando legislativo com perspectivas justificacionistas preventivas e/ou retributivas.

O desenvolvimento do programa socioeducativo envolve acompanhamento intenso do adolescente. De fato, há um enorme esforço para a efetivação dos seus direitos fundamentais, a partir dos mencionados “eixos” da medida. O trabalho se desenvolve, prioritariamente, por meio da atuação de uma equipe multidisciplinar, que atende o socioeducando na unidade de privação de liberdade, e da rede socioassistencial (o conjunto de entidades, públicas ou privadas, ligadas ao interesse infantojuvenil). A lógica é trabalhar sobre suas necessidades fundamentais – superar a defasagem escolar, iniciar ou desenvolver atividades de profissionalização, inserir o adolescente no mercado de trabalho, tratar de enfermidades, promover a convivência familiar e comunitária etc.

Não há como se posicionar contrariamente à necessidade de tal intervenção, pois ela materializa a finalidade pedagógica tão propagada. Não obstante, evidencia-se como problemática a relação que existe entre o sucesso do adolescente em tal empreitada e o restabelecimento da sua liberdade. Em outras palavras, se o adolescente não adere ao projeto de ressocialização que lhe foi estipulado – se ele se recusa a cumprir suas obrigações escolares, mostra desinteresse pela capacitação profissional e pela realização de atividades laborais, não se envolve na construção de laços familiares e comunitários –, sua postura de não adesão serve de pretexto para que a privação de liberdade seja mantida. Assim, de acordo com Borghi e Frassetto, a “MSE [medida socioeducativa] se tornaria mais dura que a pena criminal: ‘não basta suportá-la deve-se aderir a ela’”.³⁰⁸

Sobre o assunto, vale mencionar o estudo realizado por Souza,³⁰⁹ pesquisa empírica que analisou dados da Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (VEMSE), entre os anos de 2012 e 2017. A autora dedica parte do trabalho a analisar os “principais argumentos apresentados pelos juízes para manter a medida de internação dos jovens”,³¹⁰ tendo identificado, em numerosos casos, referências à “necessidade de mudança do adolescente, tanto em aspectos comportamentais e de atitudes

³⁰⁸ BORGHI, Adriana Padua; FRASSETTO, Flávio Américo. A noção de responsabilidade no Sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147-180, jul./ago. 2014. p.173.

³⁰⁹ SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. **Entre leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

³¹⁰ SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. **Entre leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 189.

exteriorizadas, quanto em aspectos psicológicos”,³¹¹ de forma a se verificar o alcance de uma pretendida ressocialização ou reeducação, que justificaria sua liberação.

Tal característica é explicitamente contrária aos postulados de limitação do poder punitivo examinados. O modelo em vigor promove a execução de privação de liberdade operando a realização de um exercício impositivo de transformação moral do adolescente – formatação incompatível com os postulados da retributividade e da lesividade, já acima delineados. É noção que confunde direito e moral em medida astronômica – não se satisfaz em impor a transformação individual como etapa da reprimenda, mas estabelece como requisito, para o restabelecimento da liberdade, a adesão total ao projeto reeducativo.

Referenciando, mais uma vez, o trabalho de Borghi e Frassetto, há de se ter em conta que a intervenção socioeducativa não pode se propor a “introjetar no infrator crítica acerca das consequências do ato infracional”, pauta autoritária e violadora do sagrado direito de liberdade de pensamento e de consciência”.³¹²

Para Karyna Sposato, a intervenção socioeducativa por prazo indeterminado, cujo término se condiciona ao alcance de condições morais e sociais por parte do adolescente, funciona como intervenção destinada a modificar o sujeito e atingir sua própria condição de existência.

Vale dizer que a duração vinculada ao juízo sobre as condições morais e sociais do adolescente pode, inclusive, ser maior nos casos menos graves, levando-se em conta o comportamento do adolescente ao longo da execução.

A medida socioeducativa, nessa perspectiva, abarca a ideia de intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito, sendo que somada à negação de seu conteúdo penal permite que se sancionem não os fatos ou atos praticados, mas a subjetividade dos adolescentes e sua condição de existência. O sistema, desse modo, destina-se a corrigir ou amputar as características inadequadas ou desviadas.³¹³

Frassetto, outrossim, identifica no modelo de execução da privação de liberdade por prazo indeterminado ofensa ao princípio da brevidade, diante da inexistência de limites precisos para a duração da reprimenda:

³¹¹ SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. **Entre leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 200.

³¹² BORGHI, Adriana Padua; FRASSETTO, Flávio Américo. A noção de responsabilidade no Sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147-180, jul./ago. 2014, p.172.

³¹³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96-97.

Nessa linha há de se lembrar que **o princípio constitucional da brevidade da medida de internação (art. 227, § 3º, V) exige um máximo de esforço no sentido de limitar a permanência de adolescentes em regime de privação de liberdade.** Não se trata de mera recomendação voltada ao controle da execução da medida. **O princípio da brevidade incide e deve incidir também no momento da aplicação da medida a partir da delimitação precisa de um marco objetivo, tirado das circunstâncias concretas do caso, para além do qual a restrição de liberdade não pode, em hipótese alguma, persistir (grifo nosso).**³¹⁴

Considerando a urgência no enfrentamento de tal questão, objetiva-se modificar a própria dinâmica de execução das reprimendas, abandonando a previsão de prazo indeterminado e os intervalos periódicos de reavaliação e estabelecendo um modelo de *tempo determinado para as medidas privativas de liberdade*.

2.6.4 Natureza punitivo-pedagógica da medida socioeducativa: entre o rigor e ressocialização forçada

Este trabalho dedicou tópico ao debate sobre a natureza e as finalidades das medidas socioeducativas. A partir do exame outrora realizado, estabeleceu-se que as reprimendas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei têm natureza penal, já que, resumidamente, apresentam caráter aflitivo e imperativo, notadamente, as medidas privativas de liberdade, além de serem aplicadas em razão da prática de ato previsto como crime (apesar da possibilidade concreta, aqui repetidamente destacada e objetada, de aplicação em razão de características do adolescente). Ademais, também se firmou o entendimento a respeito da preponderância da finalidade pedagógica das reprimendas penais juvenis – como critério orientador do trabalho a ser executado junto ao adolescente.

Ocorre que a afirmação do binômio punitivo-pedagógico revela severos problemas quando se investiga como tais dimensões se materializam na prática, em especial, no que se refere às medidas de internação e semiliberdade – objeto de análise deste estudo.

Como se destacou, todas as reprimendas aplicáveis dentro do modelo penal juvenil impõem ao adolescente alguma restrição, mesmo as medidas de meio aberto. Ao mesmo tempo, todas as medidas se orientam pela finalidade de satisfação das necessidades do socioeducando. Tais aspectos representam o cerne comum da materialização da dualidade em exame. Contudo, nas medidas de privação de liberdade, tal dinâmica atinge patamares inaceitáveis, pois o

³¹⁴ FRASSETO, Flávio Américo. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade. **Juizado da Infância e da Juventude do TJRS**, Porto Alegre, v.1, 2003. p. 25.

pretendido caráter penal e a finalidade educacional geram consequências nocivas ao público adolescente, notando-se até mesmo um conflito entre as duas dimensões.

De um lado, a afirmação de uma finalidade pedagógica para as medidas de privação de liberdade serve de principal fundamento para a justificação da sua prolongada manutenção, em ofensa ao postulado da brevidade. Em outras palavras, se a medida tem cunho educativo, entende-se que ela representa um “bem” para o adolescente, uma oportunidade de melhora e de satisfação de muitas das suas mais fundamentais necessidades – raciocínio que reproduz a lógica do paradigma menorista. De outro lado, a afirmação do caráter punitivo serve à justificação do avigoramento no tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei. É o que se nota nos discursos parlamentares desejosos da ampliação das hipóteses de encarceramento juvenil, como se verá adiante.

Ou seja, se o propósito da medida é punir, não deve haver grandes preocupações sobre como tal reprimenda deva ser executada – isto é, quais atividades devem ser realizadas com o adolescente, quais características devem ter as unidades para atendimento etc. Daí que a dimensão punitiva se coloca em prejuízo da finalidade pedagógica. Nesse sentido, comentam Borghi e Frasseto que a afirmação da preponderância da natureza pedagógica da medida socioeducativa tem sido utilizada como “um novo ‘cavalo de Troia do menorismo’, maquiando práticas punitivas atreladas à vontade de correção tutelar, tudo sob o manto da ‘boa intenção’”.³¹⁵

A análise da realidade concreta evidencia um cenário altamente crítico para o modelo penal juvenil em vigor no Brasil. As condições de cumprimento das medidas socioeducativas, em especial as privativas de liberdade, dificulta sobremaneira o atendimento de tal finalidade pedagógica – diante do sem-número de mazelas evidenciadas.

Na prática, a medida juvenil passa a representar, materialmente, uma pena privativa de liberdade, pois destituída de sua finalidade particular. É que revelam as informações trazidas pelos mais recentes levantamentos institucionais realizados pelo Conselho Nacional de Justiça,^{316 317} pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos³¹⁸ e pelo Conselho

³¹⁵ BORGHI, Adriana Padua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilidade no Sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147-180, jul./ago. 2014. p.171.

³¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reiterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019.

³¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012.

³¹⁸ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual Sinase 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

Nacional do Ministério Público^{319 320} – todos eles se debruçando sobre a realidade dos programas de execução das medidas socioeducativas pelo país, especialmente, a medida de internação.

O quadro evidenciado nos documentos é muito preocupante. A percepção que se consolida da leitura deles é que a política de atendimento socioeducativo é uma “das políticas menos priorizadas desde a promulgação do ECA”.³²¹ O modelo vigente enfrenta problemas de lotação das unidades, más condições de salubridade e habitabilidade, escassez de mão de obra qualificada, violência institucional contra os adolescentes, mortes e rebeliões, desrespeito a garantias fundamentais do público jovem, entre outras questões.

A título exemplificativo, vale colacionar alguns trechos dos relatórios em comento. Primeiramente, sobre o panorama geral do modelo atual:

Também reclama atenção a violência estrutural inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente da maioria das unidades de execução da medida socioeducativa de internação.³²²

Sobre a superlotação das unidades:

Quando analisada a sobrecarga do sistema, percebe-se que, na totalidade dos estabelecimentos brasileiros, não restam vagas, considerando-se que a taxa de ocupação das unidades é de 102%. Os estados federativos com maior sobrecarga estão todos no Nordeste, considerando que o Ceará tem taxa de ocupação de 221%, Pernambuco, 178% e Bahia, 160%. Ainda no Nordeste os estados de Sergipe (108%), Paraíba (104%) e Alagoas (103%) possuem superlotação em suas unidades. Neste quesito, Distrito Federal (129%) e o Mato Grosso do Sul (103%) merecem destaque no Centro-Oeste; enquanto no Sudeste, Minas Gerais possui 101% de ocupação. Por fim, na Região Sul, Paraná (111%) e Rio Grande do Sul (108%) apresentam ocupação superior à capacidade.³²³

A respeito da mitigação de direitos fundamentais dos adolescentes diante da falta de profissionais aptos a realizar atendimento técnico qualificado:

³¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015.

³²⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019.

³²¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p.11.

³²² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p.12.

³²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012. p. 37.

Acerca da disponibilidade de técnicos das diferentes áreas de atuação em cada uma das unidades por Estado, tem-se que 91% dos estabelecimentos disponibilizam algum tipo de atendimento individual aos infratores prestados por profissionais especializados. No entanto, a disponibilidade destes profissionais varia consideravelmente nas diferentes regiões do Brasil. Observa-se que os psicólogos e os assistentes sociais são os profissionais mais comumente disponíveis nas unidades de internação em todas as regiões, estando presentes em 92% e 90% dos estabelecimentos, respectivamente. Por outro lado, advogados e médicos estão presentes em apenas 32% e 34% das 17 unidades, nesta ordem. Observa-se, deste modo, que os direitos básicos à saúde e à defesa processual dificilmente estão sendo observados, considerando a carência da prestação destes serviços nos estabelecimentos.³²⁴

Sobre as estruturas das unidades e em que medida as limitações estruturais impactam a qualidade do atendimento socioeducativo:

Quando observadas as estruturas físicas das unidades, constatou-se que parte delas não possui em sua arquitetura espaços destinados à realização de atividades consideradas obrigatórias para a concretização dos direitos fundamentais assegurados pela legislação, tais como a saúde, a educação e o lazer.³²⁵

E, ainda, quanto à mesma temática:

Os dados são preocupantes, para não dizer estarrecedores, e demonstram que as condições de salubridade são bastante comprometidas em todo o País. Das 27 unidades federativas, 19 delas têm de 50% a 100% das entidades em condições insalubres. Não sem razão, as condições insalubres são apontadas no Plano Nacional do Atendimento Socioeducativo como um dos elementos relacionados às unidades para meio fechado que têm impedido o reordenamento do sistema socioeducativo.³²⁶

Em sentido semelhante:

Constata-se, assim, que em todas as regiões brasileiras foram encontradas unidades de internação com salas de aula inadequadas, julgada a inadequação a partir dos parâmetros equipamentos, iluminação e suporte de biblioteca. Os índices ruins de 2013 melhoraram um pouco apenas na região Sul, mantiveram-se iguais nas regiões Nordeste e Sudeste e pioraram nas regiões Centro-Oeste e Norte.³²⁷

³²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012. p. 38.

³²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: a execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012. p. 39.

³²⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015. p.44.

³²⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015. p.46

O problemático quadro brasileiro chamou atenção até mesmo de entidades internacionais. Em 2017, o Brasil foi denunciado junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos³²⁸ pela prática de tortura contra o público adolescente privado de liberdade e pelos recorrentes episódios de dilação ilegal de prazo para cumprimento da medida de internação provisória, episódio detalhadamente analisado por Costa e Eilberg.³²⁹

Ademais, a Anistia Internacional, por meio de recente relatório (publicado em 2018) sobre o estado dos direitos humanos no mundo,³³⁰ também observou diversas irregularidades no modelo socioeducativo brasileiro. Mais uma vez, ganham destaque a superlotação, a violência institucional e a tortura, além das condições precárias de insalubridade e habitabilidade:

As unidades do sistema socioeducativo continuaram superlotadas e os internos eram submetidos a condições desumanas e degradantes. No Ceará, a tortura era praticada de forma rotineira por funcionários do Estado nessas instituições. No decorrer do ano, aconteceram pelo menos 20 rebeliões e 37 fugas das unidades do estado. De 200 denúncias formais de tortura de adolescentes nas unidades do sistema socioeducativo do Ceará entre 2016 e setembro de 2017, somente duas resultaram na abertura de inquérito formal pelo estado, para mais investigações. As denúncias sobre a situação caótica do sistema socioeducativo do Ceará motivaram uma visita formal do Conselho Nacional de Direitos Humanos em setembro. No início do ano, o estado do Espírito Santo detinha 1.198 adolescentes em conflito com a lei em um sistema com capacidade para apenas 754, um índice de superlotação maior que 39%. Das 13 unidades do sistema socioeducativo do estado, somente quatro funcionavam dentro da capacidade adequada. Em 3 de junho, quatro adolescentes entre 15 e 17 anos foram mortos por outros adolescentes detidos durante uma rebelião em uma unidade do sistema socioeducativo de Lagoa Seca, na Paraíba. Em 13 de novembro, quatro adolescentes foram mortos por homens encapuzados que invadiram a unidade do sistema socioeducativo em que eles estavam detidos.³³¹

A consolidação de tão rigoroso quadro ensejou o acionamento dos tribunais superiores brasileiros, na tentativa de obter a solução das mazelas observadas pela via jurisdicional. Nesse cenário, merece ser destacado o Habeas Corpus Coletivo (HC 143.988/ES) impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo no Supremo Tribunal Federal.

O *writ* inicialmente teve como objeto o resguardo dos interesses dos adolescentes privados de liberdade em uma única unidade socioeducativa na cidade de Linhares (ES), que

³²⁸ BRASIL é denunciado na CIDH por violência e superlotação em presídios e no sistema socioeducativo. **IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Notícias, 21 de mar. de 2017. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14193-Brasil-e-denunciado-na-CIDH-por-violencia-e-superlotacao-em-presidios-e-no-sistema-socioeducativo>.

³²⁹ COSTA, Ana Paula Motta; EILBERG, Daniela Dora. Embates do ordenamento jurídico brasileiro com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise sobre as violações na esfera da Justiça Juvenil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 325-363, 2019.

³³⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2017/18**: o estado dos direitos humanos no mundo. 2018.

³³¹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2017/18**: o estado dos direitos humanos no mundo. 2018. p.93.

enfrentava grave quadro de superlotação. O pleito era no sentido de que tais adolescentes fossem colocados em liberdade, transferidos para outras unidades que não estivessem superlotadas ou mesmo submetidos a outra medida. Posteriormente, foram admitidas nos autos diversas entidades, na qualidade de amigos da corte,³³² bem como ingressaram como parte as Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, São Paulo, Tocantins e Distrito Federal, pleiteando a ampliação dos efeitos da decisão para as unidades localizadas nos respectivos estados. O Supremo Tribunal Federal julgou o mérito do *writ* em agosto de 2020, mediante acórdão que contemplou não somente as unidades socioeducativas dos estados que haviam ingressado no feito, mas determinou a extensão de seus efeitos para todo o país. O julgamento do HC 143.988/ES é uma decisão paradigmática. Primeiramente, porque serviu para admitir a gravidade do cenário enfrentado, conforme se extrai dos votos proferidos pelos ministros da Suprema Corte³³³, que, em diversas passagens, fazem referência ao cenário crítico, já repetidamente mencionado. Ainda, a decisão reconheceu a existência de um “estado de coisas inconstitucional” para o sistema de privação de liberdade juvenil (em paralelo com a posição manifestada sobre o sistema penitenciário, na ADPF 347). Por fim – com maior importância concreta –, a decisão determinou a todas as unidades socioeducativas do país o cumprimento de uma série de determinações visando à atenuação do cenário de superlotação crônica, como a obrigatoriedade de observância da capacidade de ocupação, a adoção do princípio *numerus clausus* e a admissão da medida de internação domiciliar. A saber:

- i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;
- ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister;
- iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;
- iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o Magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;
- v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento – podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução;

³³² STF: IBCCRIM fará sustentação oral em ação sobre superlotação de unidades socioeducativas; organizações lançam nota em apoio a HC no Supremo. **IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Notícias, 12 de ago. de 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/980/stf-ibccrim-fara-sustentacao-oral-em-acao-sobre-superlotacao-de-unidades-socioeducativas-organizacoes-lancam-nota-em-apoio-a-hc-no-supremo>.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2020.

- vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem;
- vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com 20 o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária.³³⁴

Vale assinalar, ademais, que o acórdão em exame definiu “a criação de um Observatório Judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas”,³³⁵ com o intuito de “acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação”³³⁶ – medida que sedimentou a preocupação da Corte em ver a situação solucionada.

Como se nota, as percepções consolidadas quanto ao conteúdo das dimensões da medida socioeducativa mostram-se problemáticas, pois conferem às reprimendas propósitos antagônicos (punir e educar), aparentemente inconciliáveis, e dão ensejo a consequências inadmissíveis – a justificativa para a manutenção prolongada do encarceramento e, ao mesmo tempo, para a submissão a rigorosas condições de privação de liberdade. Há se avaliar, portanto, a possibilidade de conjugação dessas duas dimensões.

2.6.5 Finalidades das medidas socioeducativas e sua compatibilização com o modelo justificacionista constitucional brasileiro

Conforme assentado no capítulo inaugural deste estudo, o *exame das finalidades da pena*, escolhidas por determinado sistema penal, representa a avaliação do modelo de justificação para a imposição de reprimendas adotado por ele. Em particular, é necessário avaliar como se constrói o modelo justificacionista do Direito Penal Juvenil brasileiro ou, em outras palavras, estabelecer quais finalidades preventivas e/ou retributivas são por ele invocadas para legitimar a aplicação das medidas socioeducativas.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2020. p. 8-9.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2020. p. 8.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2020. p. 8.

O dispositivo que parece oferecer mais elementos para a investigação sobre o assunto é o já referenciado art. 1º da Lei do Sinase, que enumera os objetivos das medidas socioeducativas. Revisitando seu conteúdo:

Art. 1º – Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

[...]

§ 2º – Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I – a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III – a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

O primeiro e o terceiro objetivos atribuídos às reprimendas penais juvenis parecem corresponder a uma *perspectiva retributiva*, pois ambos se constroem na ideia de *reprovação* da conduta do adolescente, impondo às medidas socioeducativas o papel de fazer o adolescente responder pelas consequências desse malfeito – ou seja, *pagar pelo mal que fez*. Há também referência à dimensão preventiva especial positiva, que se manifesta nas noções de “integração social” e “garantia dos direitos individuais” do infrator.

No tópico inaugural deste trabalho, assentou-se o entendimento de que as duas perspectivas de justificação em destaque são problemáticas e incompatíveis com o paradigma constitucional brasileiro. A retribuição foi duramente objetada por seu evidente caráter autoritário, ofensivo à dignidade da pessoa humana, antidemocrático e atentatório à separação entre direito e moral. A prevenção especial positiva também teve sua incompatibilização com o modelo constitucional vigente fortemente evidenciada – em razão de representar ofensa à individualidade (atributo da dignidade da pessoa humana) e ao direito de ser diferente, além de fundamentar o exercício coativo de moralização do apenado.

A definição das referidas perspectivas de justificação para o modelo penal juvenil não parece ter sido obra de mero acaso. É evidente que se trata de escolha deliberada para legitimar as características do modelo de imposição e de execução das medidas socioeducativas, que vêm sendo objetadas repetidamente neste estudo – quais sejam, a possibilidade de aplicação de reprimendas em razão de características do adolescente e o exercício de moralização operado no cumprimento da privação de liberdade.

Observa-se, em verdade, um movimento de retroalimentação entre as finalidades associadas às medidas socioeducativas e as características de formatação do modelo: um sistema de legitimação moralizante e retributivo encontra-se referenciado na lei, a fim de justificar a imposição de reprimendas com caráter impositivo e natureza moralizadora. Ao mesmo tempo, a sistemática de imposição e execução das reprimendas prevê a formatação de um modelo que somente se sustenta a partir da perspectiva da retribuição e da prevenção especial positiva (materializada na ideia de ressocialização do socioeducando).

Mais que se opor à escolha do legislador em favor de dimensões de justificação inconstitucionais, o presente trabalho se concentra em objetar as características inaceitáveis do modelo em vigor, que guardam grande relação com o referido paradigma de justificação. Ao tratar das mudanças a serem implementadas, busca-se também indicar a necessidade de reformulação do modelo de justificação do Direito Penal Juvenil – de forma a compatibilizá-lo com os postulados constitucionais examinados.

3 DIRETRIZES PARA A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DO MODELO PENAL JUVENIL BRASILEIRO

O capítulo final deste estudo traz as proposições concretas de reformulação do modelo em vigor, com base em toda a investigação realizada. Antes de se dedicar a tal propósito, o trabalho promove investigação sobre o Direito Penal Juvenil em ordenamentos estrangeiros e diplomas internacionais que tiveram influência sobre o modelo brasileiro. A ideia é obter, a partir do direito comparado, perspectivas diversas de enfrentamento da delinquência juvenil que possam servir como referência para as mudanças que virão aqui propostas. Ademais, a investigação dos diplomas internacionais tem por escopo identificar prescrições a respeito de como o modelo brasileiro deve se organizar, bem como verificar se tais diretrizes vêm ou não sendo seguidas.

3.1 Perspectivas de direito comparado

O estudo comparativo consiste em examinar as regras e institutos jurídicos similares de outros países.³³⁷ A ideia é que, por meio de tal exame, seja possível entender como outras nações lidam com problemas semelhantes aos do ordenamento em análise e, dessa avaliação, extrair diretrizes que possam orientar possíveis reformas a serem realizadas no direito interno. Muitas vezes, tendências são forjadas em países vizinhos ou com culturas semelhantes à em referência – daí a pertinência de se debruçar sobre as estratégias definidas naquelas localidades. Ademais, deve-se levar em conta a existência de instrumentos normativos internacionais, cujo conteúdo vincula seus países signatários.

Seguindo o escopo do presente estudo, o principal objetivo deste tópico é investigar a existência de modelos de aplicação de medida privativa de liberdade contra o público adolescente, que contemplem a definição de prazo determinado para a reprimenda. Para tanto, é necessário inicialmente trazer considerações gerais sobre os modelos jurídicos de alguns países selecionados.

O modelo português é o primeiro aqui referenciado, o que se justifica pela forte influência que o direito português exerceu historicamente sobre o sistema legal brasileiro, como consequência da experiência colonial.

³³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

A legislação portuguesa em vigor foi editada no ano de 1999. A Lei 166/99 – Lei Tutelar Educativa³³⁸ – se ocupa dos delinquentes juvenis, com idade entre 12 e 16 anos, envolvidos na prática de “facto qualificado pela lei como crime”, conforme dispõe seu artigo 1º. O regramento contempla a possibilidade de aplicação de medida privativa de liberdade como consequência da condenação pela prática de ilícito penal – que é denominada como “medida tutelar de internamento em centro educativo” (art. 4º) e pode ser executada em regime aberto, semiaberto ou fechado.

O critério para a definição do regime de cumprimento da reprimenda leva em conta, especialmente, o *quantum* de pena abstratamente prevista para o ato ilícito praticado pelo adolescente, nos seguintes termos:

Artigo 17.º

Internamento

1 - A medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável.

2 - A medida de internamento em regime aberto, em regime semiaberto e em regime fechado é executada em centro educativo classificado com o correspondente regime de funcionamento e grau de abertura ao exterior.

3 - A medida de internamento em regime semiaberto é aplicável quando o menor tiver cometido facto qualificado como crime contra as pessoas a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos ou tiver cometido dois ou mais factos qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos.

4 - A medida de internamento em regime fechado é aplicável quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos:

a) Ter o menor cometido facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais factos contra as pessoas qualificadas como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; e

b) Ter o menor idade igual ou superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

As medidas não comportam prazo determinado, mas a Lei define critérios que servem como referencial para a definição da duração das reprimendas (artigo 7º): a) o tempo de internamento não pode superar o tempo de pena de prisão prevista para o crime correspondente ao ato praticado pelo adolescente; b) a medida deve ser proporcional à gravidade do fato praticada pelo adolescente; c) a medida deve ser proporcional à necessidade de educação manifestada pelo adolescente no momento do fato e subsistente no momento da decisão.

³³⁸ PORTUGAL. Assembleia da República. Lei 166, de 14 de setembro de 1999. Lei Tutelar Educativa (versão actualizada). 1999. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis. Acesso em: 1 mar. 2023.

Sobre o último ponto, é possível traçar um paralelo com o princípio da atualidade, vigente no modelo brasileiro. Segundo esse postulado (art. 100, VIII, do ECA) a intervenção estatal deve se dar de maneira célere, em tempo o mais próximo possível da prática do ato infracional. Diante da dinamicidade da vida adolescente, a demora na prestação jurisdicional pode determinar que se imponha medida socioeducativa a indivíduo que passou por profundas transformações desde a prática do ilícito. Assim, o magistrado deve se pautar, ao avaliar a necessidade de imposição da reprimenda, não pelas condições observadas no momento do fato, mas sim por aquelas verificadas no momento da decisão.³³⁹

A aplicação do comentado princípio determina, na prática, que se avalie o tempo transcorrido entre o ato, a imposição da medida e mesmo o início de sua execução. Caso decorra longo intervalo de tempo entre esses marcos, inadmissível a imposição da reprimenda. Nesse sentido, confirmam-se extratos de julgados do STJ sobre a matéria:

Como se vê, verifica-se o transcurso de **quase três anos** entre a prática do ato infracional e a procedência da representação, o que afasta a atualidade da medida aplicada, evidenciando estar o paciente em situação de constrangimento ilegal. Os princípios da atualidade e proporcionalidade, devem ser observados no tempo da fixação da medida socioeducativa, conforme ensina o art. 100, parágrafo único, inciso VIII que estabelece – proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada, o que não se verifica no caso em exame [...].³⁴⁰

Ocorre que restou inobservado o princípio da atualidade e brevidade da medida socioeducativa, uma vez que desde o cometimento do ato infracional se decorreram mais de 1 ano e 4 meses para a imposição da medida de internação [...].³⁴¹

Não obstante, **há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida consistente em internação, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo – quase 2 (dois) anos – desde a data do fato**, devendo ser restabelecida a sentença que aplicou as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida para fins de nova unificação das medidas aplicadas [...].³⁴²

Existe também no modelo português – como no Brasil – a definição da cessação compulsória da medida quando o jovem alcança os 21 anos de idade (artigo 5º), limite etário máximo para cumprimento da reprimenda tutelar.

³³⁹ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8.ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. p. 202.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 486291/SC. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 2019.

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 411721/SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 2017.

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 411721/SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 2017.

O sistema adotado em Portugal, em termos semelhantes ao ECA, pauta-se pela excepcionalidade da privação da liberdade como resposta estatal, indicando a preferência pelas medidas que representem “menor interferência na autonomia de decisão e de condução de vida do menor” (artigo 6º). Como bem comenta Flávia Margarida Nunes, em seu trabalho de mestrado, defendido junto à Universidade Católica Portuguesa:

O critério geral consagrado nos arts. 6.º e 7.º orienta o Tribunal na escolha da medida aplicável, impondo que seja dada preferência à medida menos restritiva e que realize de forma adequada e suficiente o fim de socialização do jovem, fundamentando sempre a sua decisão nos termos do art. 110.º.

Nestes termos, consagra-se o princípio da preferência pelas medidas não institucionais face à medida institucional sempre que, *in casu*, aquelas se revelem suficientes e adequadas, uma vez que a medida de internamento constitui a *ultima ratio*, pois representa uma maior e profunda interferência na autodeterminação do menor.³⁴³

Embora o modelo português não contemple a execução da privação de liberdade por prazo determinado – ponto sobre o qual o presente tópico pretende se dedicar mais detidamente –, é possível extrair algumas considerações interessantes sobre sua formatação, a saber:

- a previsão de regimes de privação de liberdade, definidos com base na pena máxima em abstrato prevista para o ilícito praticado;
- a invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à gravidade do fato) como referencial para a definição da reprimenda a ser aplicada;
- a referência aos princípios da atualidade e da excepcionalidade como instrumentos de limitação para aplicação do internamento.

Ainda no contexto europeu, há de se destacar a existência de modelos que estabelecem a aplicação da privação de liberdade por prazo determinado, mas que o fazem por meio da *imposição de pena privativa de liberdade ao adolescente*, por período inferior ao que se submete o adulto.

Nesse aspecto, vale mencionar o sistema italiano. Nos termos definidos pelo Código Penal de 1930, aplicam-se aos indivíduos com idade superior a 14 anos e inferior a 18 anos, se condenados pela prática de ato previsto como crime, as mesmas penas definidas para aos adultos, sempre de maneira atenuada. No caso da privação de liberdade, é prevista a incidência

³⁴³ NUNES, Flávia Margarida Fontes Urriça. **A medida tutelar de internamento**: reflexões críticas. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

de uma causa de diminuição de pena de um terço no *quantum* da reprimenda.³⁴⁴ Vale esclarecer que o modelo italiano exige que se avalie, em cada caso concreto, a capacidade do adolescente – sua condição de entender e de querer –, de forma que ele somente poderá ser responsabilizado se verificada tal capacidade.³⁴⁵ Ou seja, conquanto o modelo contemple a aplicação de reprimendas privativas de liberdade em patamares elevados – 2/3 do que é definido em lei para os adultos –, há previsão de um filtro adicional para afastar a responsabilização do adolescente.

Embora o Código Penal italiano defina que as mesmas modalidades de penas aplicáveis aos adultos podem também ser impostas aos adolescentes, o Decreto Presidencial nº 448/1988 indica a possibilidade de aplicação de medidas específicas ao público jovem,³⁴⁶ valendo destacar, nesse âmbito, o perdão judicial, que pode ser definido quando avaliado pelo juiz sentenciante que o adolescente não possui “potencial para a delinquência”,³⁴⁷ ocasião em que se presume que ele não se envolverá na prática de novos delitos.

A legislação italiana prevê, ademais, modalidade específica de privação de liberdade para adolescente, diferente da pena.³⁴⁸ A medida tem duração reduzida e seu cumprimento ocorre em prisões-escola (*prigione-scuola*), com a possibilidade de desligamento do adolescente a qualquer momento, independentemente do cumprimento do prazo definido na sentença. A pesquisa empírica indica, outrossim, que a medida é utilizada em face de um número extremamente limitado de adolescentes.³⁴⁹

Na França adota-se sistemática que tem grandes similaridades com o modelo recém-examinado. Os jovens entre 13 e 18 anos gozam de presunção de irresponsabilidade penal, mas que não é absoluta. Deve ser avaliada a capacidade de discernimento e de decisão do adolescente, segundo suas circunstâncias pessoais e sua personalidade, em cada caso concreto. Havendo condenação, pode ser aplicada medida educativa ou pena. A privação de liberdade – como manifestação da última hipótese – é possível, mas também considera a incidência de uma

³⁴⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

³⁴⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

³⁴⁶ GATTI, Uberto; VERDE, Alfredo. Juvenile Justice in Italy. In: **Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice**. Oxford Academic. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935338.3.013.66>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁴⁷ GATTI, Uberto; VERDE, Alfredo. Juvenile Justice in Italy. In: **Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice**. Oxford Academic. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935338.3.013.66>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁴⁸ GATTI, Uberto; VERDE, Alfredo. Juvenile Justice in Italy. In: **Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice**. Oxford Academic. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935338.3.013.66>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁴⁹ GATTI, Uberto; VERDE, Alfredo. Juvenile Justice in Italy. In: **Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice**. Oxford Academic. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935338.3.013.66>. Acesso em: 1 mar. 2023.

causa de diminuição de pena. A prisão não pode ser superior à metade da pena imposta em abstrato.³⁵⁰ Existe, ademais, a previsão de prazo mínimo para cumprimento de reprimendas no caso de adolescentes reincidentes.³⁵¹

As cortes juvenis têm uma competência dual: diante da prática de ilícito por parte do adolescente, podem definir por instaurar um procedimento criminal ou um procedimento cível, entendendo que o adolescente se encontra em situação de perigo,³⁵² postura que aproxima o modelo de um paradigma menorista.

Na Áustria, há possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade para os autores de delitos entre 15 e 16 anos. As reprimendas são atenuadas, com a redução do tempo de cumprimento até a metade em todos os casos, desaparecendo ou rebaixando o limite mínimo.³⁵³

O modelo inglês, por sua vez, contempla a execução – para indivíduos entre 14 e 18 anos – de privação de liberdade em distintas modalidades: penas de curta duração, prisão por prazos elevados (e até mesmo perpétua) e duração indeterminada (com periódicas revisões do judiciário).³⁵⁴ A literatura assinala que o nível de encarceramento juvenil na Inglaterra é um dos maiores em todo o mundo ocidental – detectando numerosos casos e o cumprimento de medidas por prazo elevados.³⁵⁵

Na Alemanha, verifica-se a possibilidade de imposição de duas categorias de privação de liberdade – a medida corretiva e a pena juvenil.³⁵⁶ A sistemática em vigor é disciplinada pela lei dos Tribunais para a Juventude, editada em 1974 e atualizada em 1990.³⁵⁷ O sistema de responsabilização juvenil contempla indivíduos com idade entre 14 e 18 anos. Com formatação semelhante à adotada na França e na Itália, o modelo alemão exige, como condição para a imposição de reprimenda, que o juiz avalie, no caso concreto, se o adolescente tinha maturidade

³⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 74.

³⁵¹ GIBSON-MORGAN, Elizabeth. The Handling of Youth Offending in England and in France. *In: Les Politiques de La Jeunesse au Royaume-Uni et en France*. Pris: Presses Sorbonne Nouvelle. 2012, p.21. Disponível em: <https://books.openedition.org/psn/6852>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁵² GIBSON-MORGAN, Elizabeth. The handling of youth offending in England and in France. *In: Les Politiques de La Jeunesse au Royaume-Uni et en France*. Paris: Presses Sorbonne Nouvelle. 2012, p. 22. Disponível em: <https://books.openedition.org/psn/6852>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 77.

³⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 79.

³⁵⁵ GIBSON-MORGAN, Elizabeth. The handling of youth offending in England and in France. *In: Les Politiques de La Jeunesse au Royaume-Uni et en France*. Paris: Presses Sorbonne Nouvelle. 2012, p. 32. Disponível em: <https://books.openedition.org/psn/6852>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

³⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 82.

para compreender o injusto do fato e poderia atuar de acordo com essa compreensão. Tal avaliação recebe a denominação de “capacidade para a culpabilidade”.³⁵⁸ Por definição legal, devem ser realizados exames psicológicos e sociais com o adolescente para promover tal avaliação. Havendo dúvida, presume-se a não imputabilidade. O sistema de aplicação do referido instituto é, contudo, alvo de críticas – pois, em concreto, os tribunais alemães tratam a questão com certo automatismo, afirmando a existência de culpabilidade na maioria dos casos.³⁵⁹

O sistema de justiça juvenil alemão, conforme destaca a doutrina do país,³⁶⁰ manifesta grande preocupação com o cumprimento dos postulados da excepcionalidade e da brevidade das medidas privativas de liberdade. Sobre a temática, vale assinalar o movimento recente de expansão do uso de sanções informais (que seriam semelhantes às medidas de meio aberto no modelo brasileiro), diminuição dos índices de encarceramento juvenil e aumento nos casos de suspensão das sanções privativas de liberdade.³⁶¹ Dados empíricos indicam que, nos anos 1970, apenas cerca de 20% das medidas privativas de liberdade eram suspensas antes do término do prazo definido para a reprimenda, passando o adolescente a receber acompanhamento em caráter de liberdade condicional. Em 2013, os casos de suspensão alcançaram índices próximos a 80%.³⁶²

O modelo espanhol oferece elementos importantes para satisfazer às pretensões deste tópico. Na década de 1990, o país passou por uma reforma legislativa semelhante à vivenciada pelo Brasil, com a edição da Lei Orgânica 4/1992. Até então, vigorava a Lei Espanhola de Tribunais Tutelares de Menores, de 1948 – sistema concebido durante a ditadura franquista e que se baseava na doutrina da situação irregular. Com o advento de uma nova constituição, após a morte do ditador, a legislação foi declarada inconstitucional.³⁶³

³⁵⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 82.

³⁵⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 82.

³⁶⁰ DÜNKEL, Frieder, Youth Justice in Germany. *In: Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. Oxford Academic, 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/editedvolume/41333/chapter/352358437>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁶¹ DÜNKEL, Frieder, Youth Justice in Germany. *In: Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. Oxford Academic, 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/editedvolume/41333/chapter/352358437>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁶² DÜNKEL, Frieder, Youth Justice in Germany. *In: Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. Oxford Academic, 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/editedvolume/41333/chapter/352358437>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

Como esclarece a doutrina espanhola, a comentada legislação representou, em verdade, uma resposta parcial às exigências atualizadoras da sistemática penal juvenil – tendo sido editada como medida de urgência, até que fosse efetivamente implementada uma reforma completa do modelo de responsabilização penal para adolescentes.³⁶⁴ Em 1995, houve o advento de um novo Código Penal no país, prescrevendo, seu artigo 19, a elaboração de uma nova lei de responsabilidade do menor, legislação independente para regular expressamente a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.³⁶⁵ O diploma legal foi editado no ano 2000: a *Ley Orgánica 5/2000*, de 12 de janeiro,³⁶⁶ de *Responsabilidad penal del menor* – ou LORRPM.

A novel legislação trouxe ao modelo espanhol várias modificações: a) ampliou o sistema de garantias dos adolescentes; b) definiu âmbito de aplicação etário para adolescentes entre 14 e 17 anos (anteriormente de 12 a 16 anos); c) incrementou o catálogo de medidas passíveis de aplicação em face do adolescente; d) incrementou o prazo para cumprimento das medidas (de dois anos para até onze anos).³⁶⁷

A doutrina identifica na LORRPM inspiração em diversos princípios da justiça juvenil espanhola.³⁶⁸ Vale uma breve análise do conteúdo de alguns desses postulados – notadamente, para que seja possível melhor compreender a formatação do modelo em exame, bem como para evidenciar os pontos de paralelismo com o sistema brasileiro e com as reformas que se pretende propor.

A literatura detecta a adoção do *principio da legalidade penal* como uma afirmação da superação do paradigma da doutrina da situação irregular.³⁶⁹ Na esteira de tal postulado a lei deve definir tanto as condutas proibidas quanto as sanções decorrentes da prática destas. Ocorre que, como já se destacou, o modelo espanhol (como o brasileiro) faz uso do sistema de tipificação delegada, tendo em vista que não estabelece a proibição específica de condutas para o público juvenil – mas referencia os delitos previstos no direito penal de adultos. Há, entretanto, a previsão das medidas a serem aplicadas.

³⁶⁴ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 31.

³⁶⁵ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 34.

³⁶⁶ ESPANHA. Jefatura del Estado. **Ley Orgánica 5/2000**, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 2000.

³⁶⁷ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 34.

³⁶⁸ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 37.

³⁶⁹ CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho penal juvenil**: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014. p.161.

O ponto fulcral que se quer destacar dentro de tal sistemática é que LORRPM limita as hipóteses de aplicação de reprimenda ao público juvenil – notadamente a privação de liberdade – às ocasiões em que tenha sido praticado fato típico. Não há, como ocorria no modelo previsto na Lei dos Tribunais Tutelares de Menores possibilidade de imposição de medida de responsabilização em razão da “situação irregular” do adolescente. Nota-se, ademais, uma referência ao que este estudo tratou como princípio da consequentialidade (vide tópico 1.3.2) – ou a necessária vinculação entre o ilícito e a sanção penal.

O *princípio da culpabilidade* é reconhecido como um dos principais pilares do modelo penal juvenil espanhol. Sua aplicação é invocada como limite da responsabilização do infrator – indicando que a reprimenda a ser aplicada jamais pode exceder a medida da gravidade da culpabilidade do autor.³⁷⁰

Complementando o recém exposto, há também referência ao *princípio da proporcionalidade* – definindo que a seleção da medida a ser imposta deve levar em conta a gravidade do ato praticado, a natureza da infração e a quantidade de delitos realizados.³⁷¹

Há também a referência ao *princípio da flexibilidade*. Tal postulado indica que, no direito penal juvenil espanhol (salvo exceções), não há uma definição precisa de qual sanção deve ser aplicada diante da prática de qual delito. As possibilidades de reprimendas são abertas, podendo até mesmo haver combinações de medidas – desde que tal escolha leve em consideração o interesse do adolescente.³⁷²

Também se detecta, como no Brasil, a afirmação de *uma natureza dual para as medidas aplicáveis aos adolescentes* – dimensão penal/punitiva, mas com conteúdo sancionador-educativo. A ênfase da intervenção é a diretriz educativa, mas o caráter penal se faz evidente, por se tratar, com entende a doutrina, de reprimenda aplicada aos adolescentes em razão da infração do Código Penal de adultos³⁷³ (num sistema de tipificação delegada, assim como é o brasileiro).

A sistemática da LORRPM contempla a aplicação da medida privativa de liberdade – “internamento” – em regime fechado, semiaberto e aberto. Não há disposições específicas que indiquem, com precisão, qual regime deva ser adotado em cada ocasião, mas a legislação prevê

³⁷⁰ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 43.

³⁷¹ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 56.

³⁷² CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho penal juvenil**: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014. p.198.

³⁷³ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 43

hipóteses limitadas para a utilização da modalidade mais severa – sempre tomada como excepcional.

As hipóteses ensejadoras da privação de liberdade em regime fechado levam em conta a gravidade e natureza do ato praticado pelo adolescente, conforme define o item 2 do *Artículo 9* da Lei em exame, a saber:

2. *La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:*
- a) *Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.*
 - b) *Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.*
 - c) *Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

Aqui, há de se ter em mente que a normativa em destaque estabelece as ocasiões em que a reprimenda mais gravosa *pode* ser aplicada, e não que ela *necessariamente deva ser imposta*. A lógica é a mesma adotada no modelo brasileiro, de excepcionalidade da privação da liberdade. A Lei define, ademais, que a sentença que aplica a privação de liberdade deve prever prazo determinado para seu cumprimento (*Artículo 7*, item 3), havendo até mesmo a possibilidade de aplicação de mais de uma medida – de forma que as duas sanções sejam executadas sequencialmente.

Abaixo, colaciona-se exemplo de decisão proferida por tribunal espanhol, condenando adolescente ao cumprimento de medida privativa de liberdade seguida de medida não institucional (*libertad vigilada*). O prazo total de reprimenda alcança quinze meses, sendo somente três meses em regime fechado:

*Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Jaime como autor de un delito intentado de agresión sexual con penetración en persona especialmente vulnerable por razón de su discapacidad del art. 179 y 180.1.3 ° y 16 del Código penal imputado por el Ministerio Fiscal y Acusación particular, concurriendo la atenuante de reparación del daño como muy cualificada del art. 21.5° CP , a la medida de **15 MESES DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO** (siendo el primer periodo de 3 meses de cumplimiento en centro en régimen cerrado y el segundo periodo de 12 meses de libertad vigilada); y de conformidad con lo establecido en el art. 40 LORRPM , atendida la innecesaridad del cumplimiento efectivo del internamiento por ser contrario al interés superior del menor en los términos señalados, en el caso de alcanzar firmeza la Sentencia, procede acordar la **SUSPENSIÓN** de la ejecución del citado internamiento quedando condicionado al correcto cumplimiento de **15 MESES DELIBERTAD VIGILADA CON REGLA DE CONDUCTA DE REALIZACIÓN DE PROGRAMA FORMATIVO EN MATERIA SEXUAL.**³⁷⁴*

³⁷⁴ ESPANHA. Consejo General del Poder judicial. **Sentencia Penal nº 346/2020**, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3, Rec 9/2020, de 18 de Septiembre de 2020.

A LORRPM define, como regra geral, que as medidas aplicáveis ao adolescente – as privativas de liberdade inclusive – têm prazo máximo de dois anos, devendo ser computado o tempo cumprido pelo adolescente em medida cautelar (*Artículo 9*, item 3).

A sistemática contempla, contudo, regras especiais de aplicação e de duração das reprimendas, que promovem um agravamento substancial nos prazos de cumprimento das medidas. Os critérios trazidos levam em conta a idade do adolescente – num modelo escalonado, prevendo maior tempo para adolescentes mais velhos –, a natureza do ato praticado e a pena prevista em abstrato para o crime. O modelo é complexo, prevendo diversas hipóteses excepcionais. Assim, vale trazer o extrato da legislação que cuida da matéria, a fim de garantir que a informação venha em sua integralidade.

Artículo 10.

Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas

1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior,³⁷⁵ el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

*a) si al tiempo de cometer los hechos el menor **tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración**. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.*

*b) si al tiempo de cometer los hechos el menor **tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años**; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana. En este supuesto, cuando el hecho revista **extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años**. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de **extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia**.*

*2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178 a 183 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales **pena de prisión igual o superior a quince años**, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:*

*a) si al tiempo de cometer los hechos el menor **tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años**.*

*b) si al tiempo de cometer los hechos el menor **tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años**. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.*

³⁷⁵ Atos que autorizam a aplicação da medida de *internamiento en régimen cerrado*.

c) cuando el delito cometido lo sea de los tipificados en los artículos 178 a 183 del Código Penal, las medidas previstas en los dos apartados anteriores deberán acompañarse de una medida de educación sexual y educación para la igualdad.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

4. Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas (grifo nosso).

A abrangência do dispositivo recém-examinado – com previsões tão numerosas e indicações de períodos dilatados para cumprimento da privação de liberdade – é objeto de críticas na literatura especializada. A doutrina ressalta que o *Artículo 11* dilui o conteúdo do dispositivo antecedente, que prevê as hipóteses autorizativas para o *internamiento* em regime fechado e estabelece o limite temporal de dois anos para cumprimento da medida,³⁷⁶ acima analisado. Parte das hipóteses elencadas no dispositivo atingem o caráter facultativo, subsidiário e excepcional da privação de liberdade, pois impõem a aplicação obrigatória do *internamiento* em regime fechado.³⁷⁷ Ademais, o prazo de até oito anos de submissão à modalidade mais rigorosa de detenção se afigura como exagerado e absolutamente contrário à normativa internacional, que estabelece que a privação de liberdade juvenil deve durar o período mais breve possível.³⁷⁸

Sobre os critérios adotados para a determinação do tempo de duração da medida privativa de liberdade, a LORRPM não traz disposições precisas. Nesse sentido, a doutrina indica a existência de uma ampla margem de decisão para o julgador na hora de quantificar a duração concreta da medida, em função das várias circunstâncias que cercam o caso.³⁷⁹

Conforme destacou-se acima, o modelo espanhol tem como um dos seus princípios basilares a *proporcionalidade* entre o ilícito e a sanção. Daí a expectativa de que a gravidade do delito praticado – e mesmo a quantidade de pena prevista em abstrato – possa servir como

³⁷⁶ CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho penal juvenil**: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014. p. 203.

³⁷⁷ CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho penal juvenil**: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014. p. 206.

³⁷⁸ CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho penal juvenil**: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014. p. 206.

³⁷⁹ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 280.

elemento central para a definição do tempo de privação de liberdade. A lei não traz, contudo, nenhuma previsão expressa que permita extrair as bases de um modelo matemático de dosimetria que leve em conta o prazo máximo previsto para a reprimenda juvenil ou que indique a aplicação de qualquer fração ou porcentagem sobre a pena prevista em abstrato.

Há de se ter em mente, ademais, que o modelo espanhol não contempla a aplicação de uma *proporcionalidade estrita*. Em concreto, a gravidade do ilícito não é o único elemento levado em conta, já que há características do adolescente que têm de ser analisadas – especialmente a idade, as circunstâncias familiares e sociais, a personalidade e o interesse do adolescente. É o que define o *Artículo 7*, item 3, da LORRPM:

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor (grifo nosso).

Embora a legislação referencie características individuais do infrator como elementos a serem considerados na definição da reprimenda, não se pode extrair de tais disposições a afirmação da existência de um modelo de Direito Penal de Autor.³⁸⁰ As circunstâncias que cercam o adolescente não podem servir, por si sós, à justificação da imposição da privação de liberdade.

Nesse sentido, vale mencionar o conteúdo da Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 61/1998, que anulou decisão que havia condenado adolescente ao cumprimento de quatro meses de privação de liberdade em regime semiaberto.³⁸¹ No caso concreto (ilícito de furto tentado), o juízo sentenciante justificou a necessidade da reprimenda com base nas características do adolescente – reiteração em condutas antissociais, situação e necessidades socioeconômicas –, deixando de lado as considerações sobre a gravidade do ilícito. O prazo da medida foi determinado com o intuito de garantir apoio pessoal ao adolescente e promover sua reinserção escolar – e o Tribunal Constitucional considerou a reprimenda desproporcional.

³⁸⁰ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 281.

³⁸¹ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 281.

A sistemática em exame, adota, portanto, uma doutrina mista – que impõe a análise tanto da qualificação jurídica do fato perpetrado quanto das circunstâncias pessoais do adolescente.³⁸² A legislação não traz, contudo, uma definição precisa de quanto cada uma dessas dimensões deve influenciar na quantificação do prazo da reprimenda. A par de todo o exposto, pode-se afirmar que a tendência jurisprudencial observada na Espanha é de que delitos de menor gravidade venham associados a medidas de menor duração.³⁸³

A LORRPM prevê, ademais, a aplicabilidade das circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas no Código Penal espanhol, à sistemática penal juvenil (*Artículo 5*, item 2). Há autores que defendem, todavia, que somente as circunstâncias atenuantes poderiam ser aplicadas aos adolescentes, pois a utilização das agravantes representaria um caso de analogia *in malam partem*.³⁸⁴

Outrossim, vale assinalar que o modelo penal juvenil espanhol prevê (LORPPM, *Artículo 13*) a possibilidade de modificação da medida imposta *a qualquer momento*. Pode o juiz da execução – de ofício, por provocação do Ministério Público ou da defesa do adolescente – tornar a medida sem efeito, reduzir sua duração ou substituí-la por outra.

Por derradeiro, oportuno tecer algumas considerações sobre o modelo chileno de aplicação de medidas privativas de liberdade ao público adolescente – dada a relação de algumas de suas características com o propósito do presente tópico.

O diploma legal fundamental do referido país sul-americano para tratar da matéria é a *Ley 20084*,³⁸⁵ promulgada em 2005, que “estabelece um sistema de responsabilidade dos adolescentes por infrações à lei penal”.³⁸⁶ A legislação, popularmente referenciada na doutrina chilena como LRPA ou lei de responsabilidade penal adolescente, merece ser aqui destacada, notadamente, pois prevê modelo com aplicação de medida privativa de liberdade por prazo determinado e estabelece critérios legais para a quantificação da reprimenda.

O modelo chileno contempla o princípio da excepcionalidade da privação de liberdade (artigo 26 da LRPA) e se constrói a partir de uma lógica de promoção da reinserção social do

³⁸² MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 282.

³⁸³ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 282.

³⁸⁴ MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado**: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada, Espanha, 2012. p. 283.

³⁸⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 20084, de 28 de noviembre de 2005. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=244803>. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁸⁶ No original: “establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”.

adolescente,³⁸⁷ de oferta de novas oportunidades de vida que não levem em conta o cárcere. Contudo, a proposta de ressocialização é severamente prejudicada pela possibilidade de aplicação da privação de liberdade pelo período de até 10 anos.³⁸⁸ Nesse sentido, comenta Bustos Ramírez:

Si se está de acuerdo que la pena privativa de libertad produce de por sí graves efectos negativos sobre la persona, un lapso tan amplio por Mucio que se entreguen determinados programas sociales, ellos no serán suficientes para desvirtuar esos efectos negativos y menos para propiciar una ampliación de opciones y oportunidades al adolescente.³⁸⁹

O limite máximo para cumprimento da privação de liberdade atende a critérios etários – é de *cinco anos* para adolescente com até 16 anos de idade e de *dez anos* para adolescentes entre 16 e 18 anos.

Artículo 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad.

O modelo de aplicação das reprimendas privativas de liberdade adota sistemática que toma como referência a pena prevista para o tipo penal praticado pelo adolescente, invocando disposições do Código Penal. A saber:

Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.

O Código Penal chileno, vale esclarecer, estabelece sistemática de diferentes graus de pena para os delitos – mínimo, médio e máximo. O código apresenta, inclusive, uma tabela, a fim de melhor explicar a dinâmica. Confira-se:

Artículo 56. - Las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya extensión se determina en la siguiente:

³⁸⁷ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.45.

³⁸⁸ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.45.

³⁸⁹ RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007. p.45.

TABLA DEMOSTRATIVA

<i>Penas</i>	<i>Tiempo que comprende toda la pena</i>	<i>Tiempo de su grado mínimo</i>	<i>Tiempo de su grado medio</i>	<i>Tiempo de su grado máximo</i>
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	De cinco años y un día a veinte años.	De cinco años y un día a diez años.	De diez años y un día a quince años.	De quince años y un día a veinte años
Inhabilitación absoluta y especial temporales.	De tres años y un día a diez años.	De tres años y un día a cinco años	De cinco años y un día a siete años.	De siete años y un día a diez años.
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro.	De sesenta y un días a cinco años.	De sesenta y uno a quinientos cuarenta días.	De quinientos cuarenta y un días a tres años.	De tres años y un día a cinco años.
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.	De sesenta y un días a tres años.	De sesenta y un días a un año.	De un año y un día a dos años	De dos años y un día a tres años.
Prisión.	De uno a sesenta días.	De uno a veinte días.	De veintiuno a cuarenta días.	De cuarenta y uno a sesenta días.

Sem a pretensão de aprofundar a análise da sistemática recém-examinada, o que se quer destacar do modelo chileno é a utilização, no sistema penal juvenil, do *quantum* de pena previsto para o ilícito. As medidas juvenis têm seu prazo definido com base nos patamares mínimos e máximos previstos na lei penal comum – em níveis atenuados (pena inferior em um grau ao mínimo assinalado na lei). A legislação especial, embora preveja a definição de prazo determinado para as medidas (a ser estabelecido com base nos patamares legais da lei penal), não indica critérios para a realização da dosimetria das reprimendas. Há, contudo, critérios para a seleção da espécie de medida aplicada à esfera juvenil, com base no *quantum* de sanção definido e em características de natureza qualitativa.

O rol de medidas previstas na LRPA encontra grande paralelismo com o disposto no ECA – apenas com o acréscimo da pena de multa, conforme quadro comparativo:

<i>ECA</i>	<i>LRPA</i>
<i>internação</i>	<i>internación en régimen cerrado</i>
<i>semiliberdade</i>	<i>internación en régimen semicerrado</i>
<i>liberdade assistida</i>	<i>libertad asistida especial</i>
<i>prestação de serviços à comunidade</i>	<i>prestación de servicios en beneficio de la comunidad</i>

<i>obrigação de reparar o dano</i>	<i>reparación del daño causado</i>
<i>multa</i>	-
<i>advertência</i>	<i>amonestación</i>

Fonte: elaborado pelo autor, com base no ECA e na LRPA.

A privação de liberdade juvenil é determinada como obrigatória somente nas ocasiões em que a pena aplicada supere prazo de cinco anos. Para sanções entre três e cinco anos, a medida é facultativa, cabendo também a imposição do regime semiaberto. O que chama atenção é a ampla margem de aplicação da medida em regime semiaberto, que pode ser determinada para pena de sessenta dias até três anos de duração. Conforme prevê a LRPA:

Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.

3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.

5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

Em complemento aos parâmetros matemáticos, a lei chilena prevê também critérios qualitativos para a seleção da medida penal juvenil. São elementos, como se nota, ligados ao injusto penal (gravidade do ilícito, consequências do delito, presença de atenuantes ou agravantes), a características do adolescente (idade e circunstâncias de sua participação no ato ilícito) e até mesmo a finalidades retributivas e preventivas associadas à medida (fortalecer o respeito à ordem jurídica e promover a ressocialização do adolescente apenado).

Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

a) La gravedad del ilícito de que se trate;

- b) *La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;*
- c) *La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;*
- d) *La edad del adolescente infractor;*
- e) *La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y*
- f) *La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.*

3.2 Diplomas internacionais sobre Direito Penal Juvenil e sua influência sobre o modelo brasileiro

No final do século XX, foram editados diversos tratados e convenções internacionais voltados à proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Nesse período, intensificaram-se as discussões sobre a necessidade de criação de mecanismos de apoio à infância e à juventude, sobretudo no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).³⁹⁰

O movimento que se consolidou à época tinha por objetivo mobilizar a comunidade internacional em favor de um novo modelo de justiça juvenil, com respeito aos direitos humanos e às garantias fundamentais – e propunha a superação do paradigma menorista da “situação irregular”.³⁹¹ Os tratados e convenções editadas em tal contexto reafirmaram a necessidade de observância, no sistema de justiça juvenil, de diversos postulados fundamentais do direito penal, como legalidade, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.³⁹² Outrossim, o conteúdo desses diplomas revela firme tomada de posição contra o uso de sanções restritivas e privativas de liberdade (tidas como a *ultima ratio* dos sistemas de justiça juvenil), e um favorecimento dos métodos informais de resolução de conflitos.³⁹³

A normativa internacional impactou diretamente os rumos legislativos de diversos países na América Latina, impulsionando a realização de reformas. A edição do ECA ocorreu justamente nesse contexto, no ano de 1990, com o escopo de contemplar todas as questões relativas ao tema da infância e da adolescência em um único diploma legal.

O Estatuto surge em momento peculiar da história política brasileira, num período em que o país enfrentava um movimento de redemocratização, marcado por pressões da sociedade

³⁹⁰ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.174.

³⁹¹ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.174.

³⁹² BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.175.

³⁹³ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.175.

civil e dos organismos internacionais para que fossem realizadas reformas nos diplomas de proteção dos direitos da criança e do adolescente.³⁹⁴ Nesse cenário, os documentos internacionais de maior destaque são os seguintes:

1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica);³⁹⁵
2. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing);³⁹⁶
3. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança;³⁹⁷
4. Diretrizes das Nações Unidas Para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad);³⁹⁸
5. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.³⁹⁹

Os comentados diplomas podem ser facilmente encontrados e acessados, tanto virtualmente (nos sítios eletrônicos das organizações internacionais responsáveis por sua edição ou de entidades interessadas) quanto em publicações físicas que compilam seus textos.⁴⁰⁰

Não interessa a este estudo promover uma análise pormenorizada do conteúdo de todos esses diplomas. A ideia é extrair as principais diretrizes veiculados nesses documentos, relativamente à aplicação e execução de medidas privativas de liberdade contra o público infante juvenil.

O exame realizado por Ellen Rodrigues⁴⁰¹ traz considerações especialmente oportunas para a realização da tarefa proposta. Como esclarece a autora, o Pacto de San José da Costa Rica é fruto da Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 1969, e

³⁹⁴ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.176.

³⁹⁵ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.

³⁹⁶ Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1074.html>.

³⁹⁷ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>.

³⁹⁸ Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1075.html>.

³⁹⁹ Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1076.html>.

⁴⁰⁰ Sobre a temática, recomenda-se a leitura: VOLPI, Mário. **Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal**. 6.ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2014.

⁴⁰¹ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.176.

reafirma o propósito dos Estados signatários de consolidar “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos fundamentais”.⁴⁰²

O diploma não traz dispositivos que cuidem detalhadamente da definição de um modelo de imposição de medidas privativas de liberdade ao público adolescente, mas há a previsão (artigo 5º, inciso V, parte I) de que os menores de 18 anos, quando processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a um tribunal especializado com a maior rapidez possível.⁴⁰³ Importante assinalar que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos é um dos dois documentos, entre os cinco listados, que foram ratificados pelo Brasil – o que ocorreu por meio do Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992.

As Regras de Beijing, por sua vez, contemplam diretrizes debatidas ao longo de décadas, que foram formalizadas junto a um documento único e publicadas por meio de Resolução da ONU, em 1985.⁴⁰⁴ O documento não foi ratificado pelo Brasil, mas influenciou a elaboração do ECA, em 1990.⁴⁰⁵ A ênfase da Resolução é a proteção dos direitos fundamentais do público infanto-juvenil em conflito com a lei. Nota-se uma posição favorável à redução das hipóteses de intervenção legal contra esse público, a defesa irrestrita de suas prerrogativas processuais e o incentivo ao uso de métodos e mecanismos informais para a resolução dos conflitos. No mesmo sentido, o documento “se opõe ao uso desmesurado das sanções privativas e/ou restritivas de liberdade, que ficam sujeitas ao Princípio da Excepcionalidade”⁴⁰⁶ e privilegia as medidas cumpridas em meio livre. Há, ademais, referência ao princípio da brevidade, segundo o qual a privação de liberdade, nos casos excepcionais em que for aplicada, deve durar o mínimo de tempo possível (item 17 do documento).

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança foi editada em 1989, também fruto de debates empreendidos na Assembleia Geral da ONU sobre a matéria. O documento é o segundo (e último), entre os listados, ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 99.710, de 1990.⁴⁰⁷

⁴⁰² BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.176.

⁴⁰³ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.176.

⁴⁰⁴ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.177.

⁴⁰⁵ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.177.

⁴⁰⁶ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.178.

⁴⁰⁷ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.179.

Na esteira do que estabelecem as Regras de Beijing, a Convenção referencia os princípios da brevidade e da excepcionalidade, evidenciando ainda a tomada de posição a favor da doutrina da proteção integral, que reconhece o jovem em conflito com a lei como sujeito de direitos (e não como figura a ser tutelada). É o que se nota na dicção do artigo 37, alínea “c”, do documento, que indica que tal público deve ser tratado com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente a pessoa humana.⁴⁰⁸

A normativa, mais uma vez, indica a preferência por medidas menos restritivas para o enfrentamento da delinquência juvenil – métodos alternativos prevalecem sobre os procedimentos judiciais e promove-se a diversificação das sanções passíveis de aplicação. Importante destacar a previsão do artigo 40, item 4, que define que a seleção das reprimendas a serem impostas ao adolescente deve observar critérios que consagrem o postulado da *proporcionalidade* – “forma proporcional às circunstâncias e ao tipo de delito”.

As Diretrizes de Riad foram aprovadas por meio de Resolução em 1990, no 8º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente.⁴⁰⁹ O documento, conforme assinalado, não foi ratificado pelo Brasil – mas sua influência pode ser notada na aplicação do ECA e nos debates em torno da Construção da Lei do Sinase.⁴¹⁰

A tônica das disposições do texto normativo, relativamente ao assunto em exame, é a mesma – excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade. Há, ademais, um incentivo à despenalização das condutas praticadas pelo público infanto-juvenil, em referência à *teoria da normalidade dos comportamentos conflitivos durante a adolescência*. Segundo tal proposição teórica, os comportamentos que não se ajustam às normas sociais normalmente representam “parte do processo de amadurecimento”⁴¹¹ do adolescente, tendendo a “desaparecer na maioria das pessoas quando chegam à maturidade”.⁴¹²

Também por ocasião do 8º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente foram aprovadas, por meio de Resolução, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade. O documento, que recebeu

⁴⁰⁸ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.179.

⁴⁰⁹ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.181.

⁴¹⁰ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.181.

⁴¹¹ BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.181.

⁴¹² BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.181.

a alcunha de Regras de Havana ou *Reglas de la Habana*, em língua espanhola⁴¹³, não ratificado pelo Brasil, mas manifesta igualmente sua influência sobre os diplomas internos.

A Resolução tem por principal objetivo “estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade em todas as suas formas” (título I, item 3). Há diversos dispositivos que tratam das condições para cumprimento das reprimendas e das prerrogativas dos adolescentes que devem ser garantidas no exercício da privação de liberdade. A saber, conforme define o item 12:

A privação da liberdade deverá ser efetuada em condições e circunstâncias que garantam o respeito aos direitos humanos dos jovens. Deverá ser garantido, aos jovens reclusos em centros, o direito a desfrutar de atividades e programas úteis que sirvam para fomentar e garantir seu sã desenvolvimento e sua dignidade, promover seu sentido de responsabilidade e fomentar, neles, atitudes e conhecimentos que ajudem a desenvolver suas possibilidades como membros da sociedade.

Nota-se, ademais, uma preocupação com os efeitos nocivos do encarceramento do público jovem: “com vistas a se opor aos efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e a fomentar a integração na sociedade” (título I, item 3). Chama atenção, ainda, o conteúdo do item 8 do título I, que indica a ênfase da dimensão educativa no modelo penal juvenil, além da *necessidade de esclarecimento da sociedade sobre a importância de tal atuação*:

As autoridades competentes procurarão, a todo momento, que o público compreenda, cada vez mais, que o cuidado dos jovens detidos e sua preparação para a reintegração à sociedade constituem um serviço social de grande importância e, deverão ser adotadas medidas eficazes para fomentar os contatos abertos entre os jovens e a comunidade local.

Retomando o Pacto de San José na Costa Rica, vale assinalar que o documento também definiu a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a função de promover o respeito aos direitos previstos na declaração.⁴¹⁴ Nos últimos anos, a Comissão tem voltado suas atenções para a questão da delinquência juvenil – e o tratamento dado ao adolescente em conflito com a lei. Prova disso é que, no ano de 2011, a organização editou um detalhado informe⁴¹⁵ sobre a situação da justiça juvenil e dos direitos humanos nas Américas.

O documento traz considerações especialmente relevantes para este estudo, notadamente, quanto à configuração do modelo de imposição e execução de medida privativa

⁴¹³ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 06.

⁴¹⁴ LIMA, Raquel da Cruz. **O Direito Penal dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 49.

⁴¹⁵ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011.

de liberdade nas Américas e no Brasil em particular. Há tópico que se dedica a analisar especificamente diretrizes de limitação para a imposição da privação de liberdade na esfera juvenil no continente americano,⁴¹⁶ invocando, para tanto, a observância dos princípios da excepcionalidade, da proporcionalidade, da duração mínima e da revisão periódica.⁴¹⁷ O informe promove, ao mesmo tempo, um diagnóstico do *status* atual de tratamento da questão e impõe determinações a serem observadas pelos Estados signatários da Convenção Interamericana.

O texto prevê repetidamente que o encarceramento juvenil deve ser usado somente como última alternativa, executado pelo tempo mais breve possível e aplicado somente diante da prática dos atos mais gravosos.⁴¹⁸ No mesmo sentido, deve ser dada preferência a medidas de outra natureza e a métodos de resolução não processuais, ponto em que documento menciona, expressamente, o conteúdo das Regras de Beijing e das Regras de Havana.

O informe esclarece que o princípio da excepcionalidade não tem por objetivo somente promover a proteção do direito dos adolescentes à liberdade, mas também se presta a garantir os direitos à vida, à sobrevivência, ao desenvolvimento e à convivência familiar. Isso porque o postulado em questão se volta à minimização da exposição do jovem aos efeitos nocivos do encarceramento, que trazem consequências muito negativas para seu desenvolvimento e dificultam sua integração social.⁴¹⁹

Embora note que diversos países signatários adotam modelos que preveem o postulado da excepcionalidade, a Comissão assevera que, de maneira geral, em muitos países a privação de liberdade é tomada como medida preferencial. O que explica tal cenário é a falta de investimentos adequados, por parte dos Estados, em programas de implementação de medidas alternativas à prisão.⁴²⁰ A Comissão recomenda, na esteira do exposto, que os Estados adotem medidas concretas para limitar a discricionariedade dos julgadores na imposição de sanções privativas de liberdade.⁴²¹

⁴¹⁶ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 93 e ss.

⁴¹⁷ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 93.

⁴¹⁸ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 94.

⁴¹⁹ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 94

⁴²⁰ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 95.

⁴²¹ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 95.

Relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, o informe indica que, nos modelos juvenis, deve vigorar uma lógica de *proporção entre a gravidade do ato cometido e a reação punitiva que este suscita*, ou seja, delitos menos graves e menor participação do infrator devem corresponder a menores sanções.⁴²² A justificação da reprimenda, sobretudo a privativa de liberdade, deve residir na lesão ao bem jurídico tutelado, em respeito ao princípio da intervenção mínima, e não nas “necessidades educativas” do adolescente. O diagnóstico do documento é que boa parte das legislações do continente americano contempla normas que consagram o princípio da proporcionalidade da pena. O informe defende que a privação de liberdade deve ser imposta por tempo breve, prazo determinado, e com a fixação precisa de limites temporais estritos para sua duração.

A Comissão lamenta, contudo, a detecção de modelos com a imposição de *sentenças sem duração determinada* e que invocam características do infrator para justificar a imposição da reprimenda mais gravosa. O quadro brasileiro é expressamente criticado nesse ponto:

*También es común que la respuesta de los sistemas de justicia juvenil se dicte con base en circunstancias personales o familiares del niño infractor distintas de la infracción en sí misma. A manera de ejemplo, se informó a la Comisión que en Brasil los procedimientos seguidos a niños que infringen las leyes penales se caracterizan por su discrecionalidad, de forma tal que las sanciones parecen ser el producto de una conversación amigable entre jueces, promotores y defensores y el sistema da lugar a resultados totalmente diversos respecto de hechos similares.*⁴²³

Há também a indicação para que sejam estabelecidos modelos de revisão periódica das medidas privativas de liberdade, com o propósito de viabilizar a liberação antecipada do adolescente, mesmo antes de cumprido o *quantum* de pena estabelecido no caso concreto.⁴²⁴

A parte final do documento traz as recomendações da Comissão aos Estados signatários da Convenção Americana, reforçando as ideias recém-destacadas. A observância do princípio da proporcionalidade é indicada nos seguintes termos:

*Observar el principio de proporcionalidad, limitando la discrecionalidad de los operadores judiciales a la hora de determinar el tipo y el quantum de las medidas que se impongan como sanciones a los niños responsables de infringir leyes penales.*⁴²⁵

⁴²² CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 96.

⁴²³ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 97.

⁴²⁴ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 102.

⁴²⁵ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 171.

A necessidade de imposição de prazo determinado para cumprimento da privação de liberdade é recomendada pela redação abaixo:

*Eliminar las sentencias por tiempo indefinido y aquellas cuya duración se determina por la duración del programa de rehabilitación y no por el principio de proporcionalidad de la pena.*⁴²⁶

A Comissão delimita, ademais, em que termos as circunstâncias do adolescente podem ser levadas em consideração no momento da escolha da reprimenda a ser aplicada – somente para atenuar a resposta estatal, e nunca como critério de justificação para seu encarceramento. A saber:

*Establecer que las circunstancias personales del niño únicamente pueden operar para disminuir o atenuar la respuesta punitiva de los Estados, excluyendo expresamente como criterio para la determinación de la sanción toda consideración referida a las necesidades del niño.*⁴²⁷

O tópico das recomendações também define contornos mais precisos para o modelo de reavaliação periódica defendido no documento. Com efeito, trata-se de sistema pensado sob a lógica da minimização dos efeitos do encarceramento, construído para viabilizar a substituição da prisão por outras modalidades punitivas:

g) Establecer mecanismos de revisión periódica de las medidas de privación de libertad que permitan a los niños recuperar su libertad en los casos en que la situación no amerite que su prisión continúe.

[...]

i) Adoptar las medidas necesarias para neutralizar o disminuir los efectos desocializadores de la privación de libertad, garantizando que toda forma de intervención se oriente al fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

*j) Promulgar y hacer cumplir legislación que permita la sustitución de las sanciones privativas de libertad por penas no privativas de la libertad mientras el niño está cumpliendo su condena, con base en evaluaciones periódicas de su situación.*⁴²⁸

3.3 Considerações extraídas do estudo comparado

O exame que se realizou acima oferece informações de extrema relevância para este estudo, pois dele extraem-se prescrições a respeito de como o modelo brasileiro deve se organizar. E, se tais diretrizes não vêm sendo seguidas, a conclusão que surge é que há de ser

⁴²⁶ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 175.

⁴²⁷ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 175.

⁴²⁸ CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los Derechos de la Niñez. **Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas**. OAS official records, 2011. p. 175.

implementada reforma na sistemática em vigor. Complementarmente, observaram-se perspectivas diversas de enfrentamento da delinquência juvenil, pelo contato com formatações variadas para o sistema de imposição da privação de liberdade ao público jovem – o que pode ser tomado como referência para as mudanças vindouras.

Invertendo a ordem na qual os assuntos foram tratados no tópico anterior, parece fazer mais sentido delimitar, de início, as características às quais o sistema brasileiro deve se adequar e, posteriormente, debater as possibilidades de formatação a serem adotadas e a inspiração que pode ser extraída dos modelos estrangeiros.

Da análise dos documentos internacionais que cuidam da matéria, a diretriz que aparece de maneira mais enfática é o respeito aos postulados da excepcionalidade e da brevidade quanto ao encarceramento infanto-juvenil. A privação de liberdade é tratada, unanimemente, como *ultima ratio* da intervenção penal juvenil, e a necessidade de que sejam impostas limitações ao seu uso também parece ser consenso. Admite-se que a prisão tem efeitos nocivos, especialmente para o público jovem, que devem ser evitados ao extremo.

O princípio da proporcionalidade (na condição de elemento central a ser considerado na escolha da reprimenda a ser aplicada) surge, igualmente, como ponto enfatizado pelos documentos internacionais. O que se nota sobre tal instituto é a preocupação no sentido de que as características do ilícito (gravidade e participação do adolescente no ato), e não as características do adolescente (condição familiar e socioeconômica), tenham especial relevância sobre a decisão pela privação da liberdade. É, marcadamente, posição que objetiva a superação do paradigma da situação irregular.

Relativamente ao informe editado pela Comissão Interamericana, a extração de diretrizes se faz de maneira ainda mais evidente. São recomendados de maneira explícita: a) o abandono da aplicação de reprimendas privativas de liberdade por prazo indeterminado; b) a utilização de critérios ligados exclusivamente à natureza e à gravidade do ilícito para definição da reprimenda; c) a consideração de características pessoais do adolescente somente com o propósito de beneficiá-lo, e nunca como fundamento para sua detenção; d) a implementação de modelos que permitam o desligamento do adolescente mesmo antes de cumprido o prazo determinado em sentença.

O exame dos sistemas penais estrangeiros para adolescentes trouxe à tona a detecção de algumas possibilidades de formatação para a sistemática brasileira. Não obstante, entre as características observadas, algumas delas parecem não ser compatíveis com o escopo da reforma proposta neste estudo. Nesse sentido, os modelos que definem a aplicação de *pena privativa de liberdade nos mesmos patamares indicados para os adultos* (ou mesmo com a

incidência de causa de diminuição de *quantum* variável),⁴²⁹ não se sustentam como referência a ser seguida, na medida em que, diante de tudo que já foi exposto neste trabalho, não parece existir compatibilização entre tal ideia e os referenciais normativos que orientam a execução do modelo de atendimento ao jovem em conflito com a lei no Brasil.

Na esteira do mesmo raciocínio, a ideia de implementar um sistema de *responsabilização progressiva*,⁴³⁰ que aumenta o prazo máximo para cumprimento da privação de liberdade, conforme maior a idade do adolescente, também não se afigura como desejável para a sistemática brasileira. Tal previsão, vale destacar, representa uma das proposições debatidas atualmente no Congresso Nacional, conforme discute o tópico 3.5 deste trabalho – em que poderão ser encontradas explicações mais detalhadas sobre o assunto, além de objeções categóricas à adoção do modelo.

Outrossim, também se verificou a existência de modelos que dão acentuada importância para as características socioeconômicas e familiares do adolescente como critério para a definição da reprimenda a ser aplicada,⁴³¹ o que tem sido repetidamente refutado neste trabalho.

Para além das objeções aos modelos examinados, foi também possível perceber características cuja implantação no sistema brasileiro se mostram desejáveis e mesmo aptas a solucionar, ao menos parcialmente, a problemática aqui evidenciada. Conforme se destacou, o modelo português oferece como exemplo as seguintes características:

- a previsão de regimes de privação de liberdade, definidos com base na pena máxima em abstrato prevista para o ilícito praticado;
- a invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à gravidade do fato) como referencial para a definição da reprimenda a ser aplicada;
- a referência aos princípios da atualidade e da excepcionalidade como instrumentos de limitação para aplicação do internamento.

O modelo espanhol é o que parece oferecer maiores possibilidades de inspiração. Primeiro, porque se trata de modelo que contempla a aplicação da medida privativa de liberdade por prazo determinado. Segundo, porque também consagra os princípios da brevidade e da excepcionalidade. Terceiro, pois faz referência direta à proporcionalidade como critério para a

⁴²⁹ Itália, França, Áustria, Alemanha e Inglaterra.

⁴³⁰ Espanha e Chile.

⁴³¹ Itália, França e Alemanha.

definição do *quantum* da sanção, além de rechaçar o paradigma da “situação irregular” e a possibilidade de imposição de reprimenda com base exclusivamente nas características do infrator. Quarto, porque contempla a possibilidade de desligamento ou de substituição da medida privativa de liberdade a qualquer momento.

A despeito de todos esses méritos, o sistema adotado na Espanha apresenta também características que parecem ser problemáticas – ou que se mostram incompatíveis com a reforma que se quer propor. Conforme destacado, a LORRPM prevê numerosas hipóteses excepcionais autorizando (e mesmo determinando) a aplicação da privação de liberdade, por prazo elevado, muito superior ao adotado no Brasil. Além disso, o modelo de dosimetria da medida juvenil não encontra contornos precisos na legislação. Diferentemente, a referência à proporcionalidade, de um lado, e às características do adolescente, do outro – e a necessidade de equilibrar as duas dimensões – coloca em xeque a exequibilidade prática da sistemática, notadamente, diante do caráter contraditório que pode existir entre as duas dimensões. Outrossim, parece perigoso adotar um modelo que confere tanta relevância à “personalidade do adolescente, suas circunstâncias familiares e sociais”, sem que, com isso, o paradigma da “situação irregular” seja ressuscitado. Objeções à parte, o exame do modelo espanhol mostra que um sistema de imposição da privação da liberdade por *prazo determinado* é totalmente possível, ainda que seja necessário definir melhores contornos para sua operação.

O modelo chileno também oferece algumas ideias que podem servir de referência para as reformulações que aqui virão propostas. Trata-se de mais um exemplo de sistemática que contempla a aplicação de medida privativa de liberdade por prazo determinado. O modelo em questão, ademais, utiliza a pena prevista para o ilícito praticado pelo adolescente como referência para a definição do *quantum* de reprimenda a ser cumprida pelo jovem (com a definição de patamares mínimos e máximos aos quais a medida deve atender, atenuados com relação ao modelo penal comum). E, ainda, a quantidade de pena aplicada serve para a escolha da espécie de medida penal juvenil a ser imposta, limitando o uso da privação de liberdade às ocasiões em que o *quantum* de pena alcançar os patamares mais elevados.

3.4 Propostas de reformulação

Apresentam-se, abaixo, as propostas de reformulação do modelo penal juvenil de maneira a compatibilizá-lo com os postulados constitucionais, com os princípios reitores do Direito Penal Juvenil e com as diretrizes dos diplomas internacionais aqui examinados. O tópico

abordará mudança na dinâmica de aplicação e execução das medidas privativas de liberdade e no conteúdo atribuído às dimensões punitiva e pedagógica das reprimendas.

3.4.1 A delimitação de critérios ligados exclusivamente à conduta para a definição da reprimenda socioeducativa

A discussão empreendida nos capítulos anteriores assentou a posição a favor da necessidade de definição de critérios relacionados exclusivamente à conduta do adolescente como parâmetros para a determinação da medida socioeducativa a ser aplicada no caso concreto. Conforme exposto, com tal proposta, o que se objetiva é o afastamento *em definitivo* do paradigma de Direito Penal de Autor observado na sistemática em vigor, que se materializa, notadamente, diante da possibilidade de aplicação da privação de liberdade em razão da “capacidade” do adolescente. Em grande medida, tal característica, aqui objetada, representa uma inaceitável perpetuação do paradigma menorista. Como assinalado anteriormente, a análise realizada evidencia a existência de uma lógica de repreensão da vulnerabilidade socioeconômica do adolescente. São seus “defeitos de socialização” os motivos invocados para justificar seu encarceramento, em detrimento de outras modalidades de intervenção, menos gravosas.

Delineado o cenário em torno da problemática, resta agora indicar as possibilidades de enfrentamento da questão. Mas, antes disso, parece necessário revisitar as disposições da legislação especial que disciplinam a matéria.

O art. 122 do ECA, já mencionado neste estudo, indica as hipóteses autorizativas de aplicação da reprimenda socioeducativa mais gravosa. A saber:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.
§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.
§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Há, em concreto, a previsão de duas modalidades distintas de internação no dispositivo. Os incisos I e II tratam da internação por prazo indeterminado – medida socioeducativa aplicada em decorrência de sentença condenatória pela prática de ato infracional. O inciso III cuida da

medida de internação-sanção, reprimenda com prazo determinado (máximo de três meses), que se impõe como consequência do descumprimento reiterado de outras medidas anteriormente impostas (também diante de condenação), distintas da internação.

Sobre a internação-sanção, não há muito o que ser comentado – posto que se trata de medida com prazo determinado, que vem estabelecido no momento de sua imposição, não padecendo, portanto, da imprecisão aqui objetada. As hipóteses dos incisos I e II, por sua vez, merecem maior atenção.

Com efeito, cuida-se de classificação que leva em conta dois elementos: a) o histórico infracional do adolescente e b) a natureza do ato infracional praticado.

Caso o adolescente seja réu primário, a aplicação da medida privativa de liberdade *só é possível diante da condenação pela prática de ato infracional envolvendo violência ou grave ameaça*. Por sua vez, havendo histórico de transgressões anteriores, a aplicação da reprimenda também se faz possível, mesmo em razão da prática de delitos de outra natureza, desde que se esteja diante da *reiteração* da prática de *ato infracional grave*. As duas expressões têm significados técnicos específicos, que merecem ser discutidos.

Por muito anos perdurou o entendimento de que a reiteração, diferentemente da reincidência, envolveria a prática de ao menos três atos infracionais – duas condenações anteriores, podendo ser aplicada a internação a partir do terceiro ato. Tal posição era adotada pelo Superior Tribunal de Justiça até o ano de 2016, tendo sido manifestada em numerosas oportunidades. A título de exemplo:

É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que ‘a reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente’ [...].⁴³²

Ademais, segundo o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, no mínimo, três ou mais condutas infracionais graves, o que, no caso, não ocorre, porque o adolescente, conforme se constata das informações [...] ostenta apenas outra condenação pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas [...].⁴³³

No que diz respeito à reiteração, exige-se, para se aplicar a medida de internação, a prática de, no mínimo, três ou mais condutas infracionais graves [...].⁴³⁴

⁴³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 164819/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 2010.

⁴³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 180953/PE, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2011.

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 195460/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 2011.

Após ampla discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria,⁴³⁵ o STJ modificou seu entendimento, formando novo precedente a respeito da questão. A posição que hoje vigora entende pela possibilidade de aplicação da medida de internação ao adolescente que antes tenha cometido apenas uma infração grave anteriormente, já que não há previsão legal para a exigência de três atos infracionais.⁴³⁶ Abaixo, extrato do julgado que marca a mudança de posição da Corte:

O ECA não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves).

Logo, cabe ao magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de aplicar ou não a internação.

A depender das particularidades e circunstâncias do caso concreto, pode ser aplicada, com fundamento no art. 122, II, do ECA, medida de internação ao adolescente infrator que antes tenha cometido apenas uma outra infração grave.

Está superado o entendimento de que a internação com base nesse dispositivo somente seria permitida com a prática de no mínimo 3 infrações [...].⁴³⁷

A expressão “infração grave”, por sua vez, não tem seu conteúdo bem delimitado pela jurisprudência. Já se cogitou de utilizar a modalidade de pena prevista para o delito como critério definidor de sua gravidade – pena de reclusão indicando tratar-se de delito grave.⁴³⁸ Contudo, o uso de tal elemento não parece ter sido unanimemente aceito. A assertiva percebida no trecho em exame é que, para o adolescente que não possui histórico infracional (réu primário), somente a prática de ato infracional envolvendo violência ou grave ameaça *permite* a aplicação da medida de internação.

Sintetizando o que foi debatido, o texto da lei indica a existência das seguintes diretrizes fundamentais (controvérsias à parte):

1. a prática de delito com violência e grave ameaça permite a aplicação da medida de internação – independentemente de se tratar da primeira infração praticada pelo adolescente;

⁴³⁵ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8.ed. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. p. 405-406.

⁴³⁶ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8.ed. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. p. 406.

⁴³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 347.434/SP, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Relator para acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 2016.

⁴³⁸ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8.ed. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. p. 407.

2. a prática de delito sem violência ou grave ameaça não permite a aplicação da medida de internação – caso se trate da primeira infração praticada;
3. se o adolescente já tiver sido condenado anteriormente pela prática de delito grave, a medida poderá ser imposta, quando da prática de novo crime grave.

O critério preponderante – natureza do ato infracional –, como se observa, não leva em conta qualquer característica do adolescente, valendo-se somente dos atributos do tipo penal cuja prática é imputada ao infrator. Nesse sentido, é postulado que reforça a posição ora defendida, em favor do abandono das características de Direito Penal de Autor detectadas no modelo em vigor.

Em especial, a segunda assertiva destacada, embora constitua limitação explicitamente prevista na lei, merece ter seu conteúdo enfatizado, pois, até poucos anos atrás, a jurisprudência brasileira acumulava casos de descumprimento da comentada previsão legislativa – notadamente, diante dos repetidos episódios de imposição da medida de internação em face da prática de ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas. O avanço das controvérsias em torno da matéria fez a questão chegar ao Superior Tribunal de Justiça, culminando na edição da Súmula 492, com o seguinte conteúdo:

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.
(Súmula 492, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012)

O texto da súmula, como se nota, define o entendimento de que a prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas *não conduz necessariamente à aplicação da medida de internação*. A assertiva não soluciona a problemática ora em exame, uma vez que não afirma que a medida *não pode ser aplicada*, apenas que *não deverá ser obrigatoriamente imposta*. Contudo, quando analisados os precedentes originários do enunciado da Corte, é possível extrair outros elementos que ampliam o conteúdo do entendimento adotado pelo Tribunal.

Dos julgados que formaram a Súmula 492 se extrai uma *posição concreta sobre a impossibilidade de aplicação da internação* em razão da prática de ato infracional análogo ao tráfico de droga – em verdade, diante de qualquer ato infracional que não contemple violência ou grave ameaça, a despeito da gravidade ou do caráter hediondo do ilícito. Confirmam-se trechos dos acórdãos, com grifos nossos:

A medida socioeducativa de internação, prevista no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por importar na privação da liberdade do adolescente, é albergada

pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme disposição expressa no aludido dispositivo, bem como no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Dentre esses, destaca-se o princípio da excepcionalidade, que assegura ao adolescente a inaplicabilidade da medida de internação quando houver a possibilidade de aplicação de outra medida menos onerosa ao seu direito de liberdade. *E mais, tal medida, que importa na privação da liberdade do adolescente, somente pode ser aplicada quando este incide nas hipóteses previstas no artigo 122 da Lei n.º 8.069/90, ou seja, quando o ato infracional é praticado mediante grave ameaça ou violência a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Perante esta Corte, é pacífico o entendimento no sentido de que, não verificada qualquer dessas hipóteses, a medida de internação mostra-se incabível, mormente no ato infracional análogo ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, que não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa [...].*⁴³⁹

A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. *O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa [...].*⁴⁴⁰

A medida socioeducativa de internação somente está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. *Incabível a imposição de medida socioeducativa de internação ao menor que pratica ato infracional análogo ao tráfico de drogas, com base apenas na gravidade abstrata do delito [...].*⁴⁴¹

A prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes não é suficiente, por si só, com fundamento em sua gravidade abstrata, para *determinar a imposição de medida socioeducativa de internação [...].*⁴⁴²

Em que pese o ato infracional praticado pelo menor - equiparado ao crime de *tráfico de drogas* - ser revestido de *alto grau de reprovação, tal conduta é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa. Demais disso, não se admite a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas [...].*⁴⁴³

O compilado de julgados indica que foi justamente em razão da verificação de repetidas decisões aplicando a medida privativa de liberdade diante da prática do ilícito em questão que o STJ optou por editar seu enunciado. Dito de outro modo, se a Corte verificou a necessidade de editar uma súmula para sedimentar sua posição, é porque o entendimento vinha enfrentando resistência na jurisprudência nacional, caso contrário, não teria sido acionada – em tantas ocasiões – para tratar da mesma questão.

⁴³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 157364/SP, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 2011.

⁴⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 180924/RJ, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 2011.

⁴⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 180953/PE, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2011.

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 185474/SP, Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 2011.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 213778/RJ, Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 2012.

O que se definiu até aqui foi a existência de hipótese em que a medida socioeducativa de internação *não pode ser aplicada* – o que não significa que, nas situações em que ela possa ser decretada, necessariamente deva sê-la. Ademais, a indeterminação sobre o conteúdo da expressão crime grave – notadamente, para as situações de adolescente com histórico de reiteração infracional – precisa ser enfrentada. *Daí que surge a proposição concreta de uma nova abordagem.*

A ideia aqui é enfrentar a problemática pela transposição para o modelo socioeducativo de institutos e prerrogativas do Direito Penal comum. O paralelo que se quer realizar envolve o exame das disposições sobre o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, conforme previsto no Código Penal, em particular, no seu art. 33:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma **progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:**

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;**
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;**
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.**

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (grifo nosso).

A aproximação de institutos ocorre entre a privação de liberdade em regime fechado e a internação – e igualmente entre o regime semiaberto de cumprimento de pena e a medida socioeducativa de semiliberdade. A correlação é plenamente cabível:

- a) internação e pena em regime fechado representam as mais gravosas respostas estatais em face da prática de ato previsto como crime. São reprimendas cumpridas em instituições de segurança, com regras estritas – e sem a possibilidade (via de regra) de realização de atividades externas;

- b) semiliberdade e regime semiaberto representam etapa intermediária entre a privação completa e o retorno ao convívio social pleno. Podem ser definidas como medida de transição – pela progressão do regime mais gravoso – ou mesmo como medida inicial.

O principal ponto que se quer destacar é o seguinte: se, no Direito Penal comum, a quantidade de pena aplicada serve como parâmetro para a definição da modalidade de privação de liberdade que será executada, o mesmo deve valer para o adolescente. O objeto de reflexão central para esse ponto é o § 2º do dispositivo em exame, em que estão definidos patamares quantitativos – que servem como critério para a indicação do regime inicial de cumprimento da reprimenda penal.

O raciocínio aqui defendido, contudo, não representa uma transposição pura e simples da sistemática adotada no Direito Penal de adultos. O recém-examinado artigo do Código Penal indica a) que o regime inicial fechado é *obrigatório* nos casos de condenação que superem os oito anos; e b) que os regimes semiaberto e aberto *são passíveis de aplicação*, se atendidos os seus respectivos requisitos matemáticos. Contudo, não se está a defender que as duas diretrizes passem a vigorar no modelo penal juvenil.

Quanto ao primeiro ponto, vale destacar que o ECA não prevê *hipóteses obrigatórias de aplicação da internação* – estabelecendo somente, como se destacou repetidamente, hipóteses autorizativas para a imposição da medida. Propor a adoção de uma previsão normativa que imponha a *necessária aplicação da privação de liberdade* seria subverter a lógica do Estatuto, invocando o uso de um instituto, por meio do que pode se classificar como uma analogia *in malam partem* – já que em total prejuízo do adolescente. Além disso, parece certo que a adoção de tal previsão representaria mudança incompatível com os postulados da brevidade e da excepcionalidade.

Sobre o segundo ponto, vale assinalar que a possibilidade de aplicação do regime inicial menos gravoso não representa direito subjetivo do réu de ser contemplado por tal escolha, em face somente da quantidade de pena aplicada.⁴⁴⁴ A escolha pelo regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta, para além do *quantum* de pena definido, a reincidência e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – podendo o exame das duas últimas indicar a necessidade de imposição de modalidade mais severa. Em tal sistemática, portanto, algumas

⁴⁴⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 340.

características do apenado⁴⁴⁵ são levadas em conta e podem influir na decisão sobre a modalidade de reprimenda a ser aplicada, em prejuízo do detido.

Fica claro que a legislação penal comum prevê, sobre o *quantum* de pena aplicada, somente uma faculdade, possibilitando a adoção de regime menos severo se alcançados certos patamares. Não há sentido, portanto, em invocar tal previsão para a sistemática penal juvenil, porque, conforme assinalado acima, tal faculdade já existe na sistemática em vigor, em que qualquer medida pode ser aplicada em face da prática de ato infracional. Assim, a presente proposição tem de ir além, superando o que vem expressamente previsto no Código Penal.

A ideia aqui defendida é que os patamares matemáticos previstos em lei sirvam de *limites estritos para a definição das reprimendas juvenis*, abandonando a indicação de possibilidades para impor a adoção do regime menos gravoso. A proposta ora apresentada envolve a realização de um cálculo de pena para o adolescente, por meio da reprodução do procedimento de dosimetria adotado para os adultos – a fim de que se alcance um quantitativo como resultado da conta. O resultado de tal operação conduziria às seguintes consequências:

- *quantum* de pena abaixo de quatro anos – possível somente a aplicação de medidas de meio aberto;
- *quantum* de pena entre quatro e oito anos – medidas de meio aberto ou semiliberdade;
- *quantum* de pena superior a oito anos – internação, semiliberdade, ou medidas de meio aberto.

Na prática, a definição desses patamares funcionaria como um filtro adicional de limitação à aplicação da reprimenda mais severa.

O salto que se propõe – tornando obrigatória a imposição da modalidade menos severa quando alcançados os quantitativos definidos na lei – se justifica diante das peculiaridades do público infante-juvenil. É medida que visa a efetivar os princípios da brevidade e da excepcionalidade, pois se vale de critério já existente na legislação para delimitar mais precisamente as condições de aplicação da privação de liberdade.

⁴⁴⁵ Reprisando o conteúdo do caput do comentado artigo: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”.

Outro ponto que merece esclarecimento é que o *quantum* de pena, na sistemática dos adultos, serve como primeiro parâmetro, sinalizando a escolha do regime para cumprimento da reprimenda. São especialmente as circunstâncias (art. 59 do CP) que cercam o agente, características de caráter marcadamente pessoal, que, se desfavoráveis, podem justificar a indicação de adoção de um regime mais severo. No caso do público adolescente, o mesmo raciocínio não pode vigorar, na medida em que afronta a diretriz indicada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que defende que as características pessoais do adolescente e mesmo as circunstâncias do delito sejam levadas em conta somente com o propósito de beneficiá-lo, e nunca como fundamento para o agravamento do seu tratamento penal. Assim, se o *quantum* de pena, na sistemática dos adultos, serve somente como indicativo inicial de possibilidades, quando se afasta a aplicação dos demais elementos que poderiam determinar a adoção de regime distinto, o patamar de pena aplicada se torna o único critério a ser seguido. Vale trazer um exemplo para explicar como essa sistemática funcionaria na prática:

- um adolescente pratica ato infracional análogo ao delito de roubo (ato que, em tese, por envolver violência ou grave ameaça, permite a imposição da internação);
- o ato é praticado com uso de arma de fogo;
- o adolescente é primário, não possui qualquer histórico de transgressões – portanto, tem bons antecedentes;
- a pena base é fixada no mínimo legal – 4 anos;
- incidência da atenuante da menoridade – 3 anos e 4 meses;
- incidência da causa de aumento pelo uso da arma de fogo – 4 anos, 5 meses e 10 dias;
- resultado final acima de 4 anos e abaixo de 8 anos – indica a aplicação da semiliberdade.

A proposta, para além de servir como filtro adicional de limitação para aplicação da internação, soluciona também a questão sobre a indefinição quanto ao termo “ato grave”. Aqui, a gravidade do delito se materializa pelo quantitativo de pena aplicada, indicando a aplicação da reprimenda mais severa a partir de um *quantum* definido. No mesmo sentido, a prática de mais de um ilícito em concurso de crimes também elevaria o *quantum* da reprimenda, indicando a aplicação da internação.

O modelo aqui proposto manifesta, em certa medida, inspiração na sistemática penal juvenil portuguesa – no qual o regime de privação de liberdade do adolescente é definido com base na pena máxima em abstrato prevista para o ilícito praticado. Contudo, aqui, optou-se pela utilização do *quantum* de pena aplicado em concreto como critério para a decisão, a fim de prestigiar o *princípio da individualização da pena*.

Ademais, a adoção do princípio da proporcionalidade também oferece um argumento que reforça o presente ponto de vista. Se, em respeito a tal postulado, somente a gravidade do ato infracional pode servir como critério para justificar a imposição da privação de liberdade – e se tal parâmetro se materializa justamente a partir do cálculo da reprimenda a ser aplicada –, somente esse elemento pode servir como critério de definição para o regime de cumprimento da pena.

A solução aqui proposta, a saber, invoca a adoção do postulado da culpabilidade, em duas de suas dimensões apontadas – culpabilidade *fundamento* e *medida da pena*. A mudança desejada, conforme assinalado, propõe que o magistrado sentenciante realize cálculo da pena hipoteticamente aplicável para o adolescente, a fim de se utilizar o resultado da operação como fator de determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda socioeducativa. Ao proferir a sentença, o juiz está se manifestando sobre a prática ou não do ato infracional, ou seja, avalia se houve realização de conduta típica e ilícita por parte do adolescente – mas não há qualquer manifestação sobre a culpabilidade, uma vez que, em razão da inimputabilidade etária do adolescente, entende-se que tal elemento não foi satisfeito. É nesse ponto que se insere a aplicação do princípio da culpabilidade como *fundamento* da sanção penal.

Retomando o que foi discutido no tópico dedicado à culpabilidade juvenil, aqui se está a defender que, no momento da sentença, o juiz deve examinar a satisfação dos três elementos do conceito estratificado do delito – e não somente tipicidade e ilicitude. No Direito Penal comum, o acusado pode ser isento de pena (ou, ao menos, ter a reprimenda minorada) diante da constatação de defeito em qualquer um dos elementos constitutivos da culpabilidade. Na esteira do que vem aqui proposto – a incorporação de garantias do Direito Penal comum ao ramo do Direito Penal Juvenil – deve ser assegurada ao adolescente a mesma possibilidade.

Nesse sentido, deve o juízo avaliar, nos termos debatidos no tópico 2.4: a) a imputabilidade – e sua não configuração em razão de sofrimento psíquico ou embriaguez; b) a potencial consciência de ilicitude – ou seu afastamento, diante da constatação de erro de proibição; c) a exigibilidade de conduta diversa – e a verificação das excludentes (coação moral irresistível e obediência hierárquica). A constatação de “defeito” em qualquer um desses atributos definirá a exclusão da reprimenda ou ao menos sua diminuição.

Outrossim, como a proposta ora apresentada envolve a realização de um exercício de quantificação concreta de pena, necessário enfrentar uma questão detectada no modelo em vigor e que diz respeito especificamente ao referido sistema. O modelo brasileiro de aplicação de pena, conforme assinalado, se organiza em uma estrutura trifásica, sendo a fase inicial correspondente à definição da pena-base, por meio das circunstâncias judiciais do art. 59.⁴⁴⁶

Das oito circunstâncias judiciais elencadas no dispositivo legal, cinco são consideradas critérios subjetivos ou pessoais, pois estão ligadas ao autor do fato: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos. Somente as três últimas características se relacionam à aspectos referentes ao próprio fato delitivo: circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima.⁴⁴⁷ Ou seja, o modelo legalmente estabelecido para a definição da pena-base enfatiza as características do autor, e não as do ato ilícito.

Tal formatação é problemática – em face de todo o exposto neste estudo –, já que se trata de fórmula incompatível com o paradigma do Direito Penal do Fato, consagrado no texto da Constituição de 1988. A redação do art. 59 parece contribuir para um elevado grau de discricionariedade, na medida em que obriga o magistrado a investigar a esfera subjetiva do agente,⁴⁴⁸ ou seu “mundo interior”,⁴⁴⁹ sobretudo no que se refere à avaliação de “conduta social”, “motivos” e “personalidade”. Com isso, afasta de seu exame a apreciação da própria conduta ilícita (em tese praticada), e conduz a uma avaliação dos sentimentos e dos valores morais do réu.⁴⁵⁰

No mesmo sentido, há de se ter em conta que o Código não oferece qualquer referência a respeito de quanto deve impactar a verificação de cada uma das circunstâncias judiciais na pena base: “a quantidade de pena que o juiz atribui a cada um dos fatores e os elementos do fato sobre os quais ele se baseia para tanto são escolhidos livremente, caso a caso”.⁴⁵¹

Por estabelecer a preponderância de elementos ligados à subjetividade do agente, o Código Penal define um modelo que autoriza o juízo sentenciante a extrapolar os limites do

⁴⁴⁶ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 117.

⁴⁴⁷ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 118.

⁴⁴⁸ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 120.

⁴⁴⁹ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 119.

⁴⁵⁰ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 119.

⁴⁵¹ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p. 121.

Direito Penal, favorecendo a realização de *juízos de natureza moral* em desfavor do sentenciado. Nesse sentido, disserta Stoco:

Afinal, se a tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, fundamenta a imposição de penas em razões morais e em elementos que digam respeito à esfera íntima do cidadão significa ir além da mera atribuição de responsabilidade jurídico-penal. Em última instância, o sistema penal não deve sondar as profundezas ou sutilezas morais dos crimes nem os aspectos profundos da motivação de seus autores, nem a pena pode pretender abordar o aspecto moral ou psíquico do criminoso para melhorá-lo: isso representa uma intromissão na vida privada, que não é questão do Estado.⁴⁵²

O presente tópico discute a necessidade de estabelecimento de critérios ligados exclusivamente à conduta para a mensuração da reprimenda socioeducativa, de modo que tal diretriz tem que valer também para o modelo de cálculo de pena utilizado no procedimento aqui sugerido. Admitir que a definição da pena-base se dê a partir da referência a critérios subjetivos, internos ao agente e desconectados do ato ilícito, representaria um contrassenso. Daí a necessidade de ressignificar o conteúdo do art. 59 do Código Penal, tomando como horizonte o princípio da culpabilidade como *medida da pena*.

O entendimento que prepondera na doutrina e na jurisprudência brasileiras é o que associa a culpabilidade à reprovabilidade – quanto maior a reprovabilidade, maior deve ser a pena.⁴⁵³ As circunstâncias subjetivas do art. 59 funcionariam, nesse sentido, como indicativos do conteúdo da culpabilidade – permitindo sua avaliação e graduação.⁴⁵⁴ Aqui, a culpabilidade referenciada pela legislação é entendida como a mesma culpabilidade do conceito estratificado do delito.

Não existe, contudo, posição definitiva sobre o que a legislação considera efetivamente reprovável. Assim, em face da lacuna normativa, a prática se volta ao “mundo interior do agente [...] como elemento para a identificação do conteúdo da culpabilidade”.⁴⁵⁵ Quando se investiga o que a jurisprudência considera “mais reprovável”, a análise de casos concretos oferece, sobretudo, referências à subjetividade do réu: “sentimentos reprováveis como frieza,

⁴⁵² STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.121.

⁴⁵³ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.127.

⁴⁵⁴ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.125.

⁴⁵⁵ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.128.

agressividade contra as vítimas, crueldade, morbidez, audácia, premeditação, vingança etc”.⁴⁵⁶

Nesse sentido:

A fórmula “culpabilidade é reprovabilidade”, sem referência a respeito do que é reprovável e de quais são os critérios para determinar a sua medida, resulta em uma expressão vazia de conteúdo, que pode abrir caminho para a imposição de penas arbitrárias.⁴⁵⁷

A materialização da culpabilidade como medida da pena exige, portanto, que se estabeleça um conteúdo preciso para a “reprovabilidade” associada ao instituto. Não se pode conceber que tal conteúdo seja extraído de uma concepção subjetiva e moralmente orientada – justificando a imposição da pena não na prática do ilícito, mas na *atitude interior do agente*, tida como moralmente inaceitável, porque se decidiu pela prática delinvente. Conforme expõe Stoco:

Se se toma a seria a ideia de culpabilidade pelo fato, qualquer imersão no mundo subjetivo do autor como recurso para a imposição da sanção penal viola os fundamentos de um Direito Penal cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos, e não a imposição de moralidade por meio da inflicção de penas. Ademais, é impossível ao juiz apreender a esfera subjetiva do agente, a formação de sua “vontade ilícita” ou os sentimentos que, supostamente, teriam sido expressados no fato.⁴⁵⁸

A seguinte passagem sintetiza as ideias da autora:

As razões que levam uma pessoa a não delinquir dizem respeito exclusivamente a ela: simplesmente para evitar que a pena estrague seu plano de vida ou porque ela entende que violar a lei penal é um pecado. **Essas razões não importam ao Estado. Assim, a versão moralizante da culpabilidade, como é defendida quase que por unanimidade pela nossa doutrina, ao contrário, entende que as razões importam: a vontade ilícita do agente é seu fundamento e é isso que se pune.**

E porque **a formação da vontade ilícita e suas razões não podem ser apreendidas pelos magistrados, falta viabilidade prática a este entendimento.** O juiz se esforçará, em vão, na busca por indícios que digam respeito à vontade criminosa, à atitude ilícita empregada no fato ou por traços de personalidade e sentimentos manifestados no delito que indiquem o grau de reprovabilidade da conduta, para assim justificar determinada pena perante o condenado. **Uma prática de determinação judicial da pena de tal forma moralmente orientada está fadada a perder-se na busca por algo situado na esfera íntima do agente**, que deve ser identificado e retribuído com a sanção. A essa busca pela pena adequada à culpabilidade não levará senão a uma **quantidade arbitrária de pena enquanto foi concebida como algo que está “presente” no interior do agente e que se “manifesta” no fato.** E nesta medida, não é apenas **impossível de ser estabelecida**, mas também **não corresponde à**

⁴⁵⁶ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.128.

⁴⁵⁷ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.247.

⁴⁵⁸ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.248.

culpabilidade do autor, quem, aliás, sempre poderá objetar que tais fundamentos são fruto de pura presunção (grifo nosso).⁴⁵⁹

A alternativa oferecida pela doutrina brasileira – com destaque para as ideias de Stoco⁴⁶⁰ – é a atribuição de um significado diferente para o instituto da culpabilidade, com conteúdo mais amplo. Tal perspectiva, considerada majoritária na literatura alemã sobre a determinação da pena,⁴⁶¹ atribui ao conceito de *culpabilidade para a medida da pena* conteúdo mais abrangente do que aquele da teoria do delito.⁴⁶² Refutando as assertivas de que a culpabilidade pode ser extraída da ideia abstrata e autorreferente de reprovabilidade ou da formação de vontade ilícita (que demanda uma investigação do mundo interior do agente), o modelo se volta ao injusto como elemento apto a conferir a medida da censura da pena.⁴⁶³ Assim, o conteúdo da *culpabilidade medida da pena* seria definido pelos elementos do injusto, em conjugação com a culpabilidade em sentido estrito (elemento do conceito estratificado do delito).

São as características do ilícito penal que passam a ser preponderantes na quantificação da pena, indicando a aplicação de patamares mais ou menos elevados de sanção. A ideia de reprovabilidade não é abandonada, mas apenas reajustada, com a definição de critérios, para sua aferição, que levam em conta a conduta em tese praticada, e não o indivíduo.⁴⁶⁴ A *culpabilidade fundamento* passa a servir como critério de graduação somente para atenuar a medida da pena decorrente da carga de injusto do fato. Nas palavras da autora:

Esse entendimento, unânime na doutrina penal alemã, representa uma **modificação de ponto referencial para o juízo da culpabilidade na determinação da pena** que, de todo modo, **não destoa da ideia comum de que um injusto mais grave representa um fato “mais reprovável”** – para utilizar a expressão dominante – e, portanto, merecedor de mais pena. A diferença é que com **uma referência direta ao injusto, os fundamentos** para uma “maior reprovabilidade” e merecimento de pena ficam **mais claros**, sem necessidade de recorrer (de forma ilegítima) a elementos que se alega estarem presentes na esfera íntima do agente e manifestados no fato. Um crime especialmente grave, praticado de forma violenta e mediante infligência de grande sofrimento às suas vítimas não merecerá mais pena porque revela a “crueldade” ou a “frieza” de seu autor, mas porque **é maior o desvalor do injusto de ação**. Um crime de lesões corporais tão grave que acarreta à vítima a perda da capacidade motora e uma profunda afetação à sua qualidade de vida não merecerá mais pena porque o

⁴⁵⁹ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.128-129.

⁴⁶⁰ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

⁴⁶¹ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.131.

⁴⁶² STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.132.

⁴⁶³ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.131.

⁴⁶⁴ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.133.

agente foi frio e indiferente, mas porque **maior é o desvalor do injusto de resultado** (grifo nosso).⁴⁶⁵

Em sentido semelhante:

Se não há “culpabilidade em si mesma” e se o princípio da culpabilidade pelo fato impõe que o autor responda exclusivamente pelo ilícito praticado, na presença dos pressupostos de imputação, então o conceito de culpabilidade para a medida da pena deve ser entendido como um **conceito subordinado e referido ao injusto**. Trata-se de um conceito de caráter amplo, que não é idêntico ao conceito de culpabilidade como categoria sistêmica, e que é composto pelos elementos de **injusto e culpabilidade em sentido estrito**.⁴⁶⁶

A obra de Stoco⁴⁶⁷ – resultado de sua tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo – apresenta uma detalhada definição de critérios de determinação da pena proporcional à medida do injusto culpável. A autora debate a questão, de maneira minuciosa, com base na delimitação de elementos de quantificação do dolo e da culpa, da forma de execução, e do resultado (no injusto de resultado). A síntese do argumento de Stoco pode vir expressa na ideia de “reverter o foco da determinação da medida da pena, geralmente centrado na subjetividade do agente, para aquilo que se encontra no mundo exterior”,⁴⁶⁸ ou seja, as características do injusto, que levam em conta o dano ao portador do bem jurídico lesado ou ameaçado como critério de medição.⁴⁶⁹

O trabalho em questão não será objeto de exame aprofundado neste estudo, mas fica indicado como destacada referência sobre o assunto.

3.4.2 Medida por prazo determinado e parametrização para o quantum de sancionamento

Se a questão da inexistência de critérios para a definição da medida socioeducativa a ser aplicada já foi enfrentada, resta agora discutir a problemática em torno do modelo de execução das reprimendas privativas de liberdade. Conforme assinalado acima, o modelo atual contempla o cumprimento da internação e da semiliberdade por *prazo indeterminado* – o que envolve a

⁴⁶⁵ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, 2020. p.132-133.

⁴⁶⁶ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 248-249.

⁴⁶⁷ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

⁴⁶⁸ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 250.

⁴⁶⁹ STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 250.

realização de intervalos periódicos de reavaliação das medidas, em prazo que não pode superar seis meses. Tal característica é gravemente problemática, pois, como se destacou, para além de submeter o adolescente a severas restrições por *período indefinido*, o faz a partir de um exercício forçado de moralização, que condiciona o restabelecimento da liberdade ao alcance de pretensos objetivos de ressocialização.

A ideia aqui é, portanto, propor uma mudança por meio da qual seja possível prever *prazo específico* para cumprimento da reprimenda, de forma que o desligamento do adolescente do programa socioeducativo não fique condicionado à sua adesão a qualquer atividade que lhe seja imposta a título de promover sua ressocialização – somente ao término do prazo temporal fixado.

A questão é sensível e complexa, mas a solução para seu enfrentamento parece não necessariamente demandar a *reformulação total do modelo em vigor*, a construção de uma teoria do delito específica para o Direito Penal Juvenil ou mesmo a definição de um *modelo de dosimetria da medida socioeducativa* (a fim de que se alcance um *quantum* final para cumprimento da internação e da semiliberdade).

O estudo de direito comparado realizado no tópico anterior ofereceu, principalmente a partir do exame do modelo espanhol e do modelo chileno, uma referência concreta de aplicação da reprimenda juvenil por prazo determinado, com realização de operações de dosimetria. Contudo, não foi possível extrair diretrizes precisas sobre o funcionamento dos referidos modelos, detectando-se, diferentemente, uma omissão por parte da legislação, que pouco orienta a aplicação da sistemática.

Embora pareça ser desejável a definição de um modelo de quantificação dosimétrica da medida socioeducativa, a proposta não será a de sugerir a realização de uma reforma com tais contornos – até mesmo porque não foi possível encontrar modelos referenciais satisfatoriamente construídos para sustentar tal proposição. Mais uma vez, a lógica é pela incorporação das prerrogativas do Direito Penal comum à sistemática infracional.

A solução pretendida leva em conta, primeiramente, a noção de progressividade, que orienta tanto a execução das penas quanto das medidas socioeducativas. Conforme pontuado em outra oportunidade,⁴⁷⁰ a Lei de Execução Penal (LEP) delinea para a pena uma lógica que consagra a ideia de que o encarceramento é nocivo, sendo necessária a gradativa diminuição dos seus nefastos efeitos. Daí o estabelecimento do modelo progressivo de cumprimento, bem

⁴⁷⁰ SARKIS, Jamilla Monteiro; SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade na nova redação do artigo 75 do Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 15, p. 61-72, 2020. p.69.

como a possibilidade e mesmo o estímulo pela substituição da privação de liberdade por penas de outra natureza, menos rigorosas. A mesma lógica é adotada no ECA – como materialização do princípio da brevidade.

No Direito Penal comum há disposições que definem critérios quantitativos que devem ser alcançados para que a progressão ocorra. Em concreto, trata-se de frações da pena aplicada, que precisam ser cumpridas para que a mudança de regime venha a ser determinada. O regramento em questão encontra-se no art. 112 Lei de Execução Penal – com redação atual dada pela Lei nº 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”. A saber:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Na legislação penal juvenil, por sua vez, não se encontra qualquer disposição que cuide especificamente da definição de patamares quantitativos a serem satisfeitos para a concessão da progressão. Embora o juízo da execução da medida socioeducativa possa determinar a progressão, e mesmo a liberação do adolescente, a qualquer momento (conforme previsão do art. 43 da Lei do Sinase), é nos intervalos periódicos de reavaliação que, na prática, se define qual providência será adotada. Ou seja, em períodos de, no máximo, seis meses.

Prosseguindo no raciocínio de incorporação das prerrogativas do Direito Penal comum, propõe-se a utilização dos quantitativos definidos na LEP para o modelo progressivo socioeducativo. Mais uma vez, o paralelo entre as reprimendas – internação e cumprimento de

pena em regime fechado – serve de referencial. Mas, nesta oportunidade, seu uso é para definir as etapas de progressão a serem seguidas.

As frações definidas na lei, que, conforme destacado, levam em conta a natureza do delito praticado, deverão ser aplicadas junto ao único limite temporal previsto no ECA para o cumprimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade – o prazo máximo de três anos. O resultado do cálculo realizado representará, por sua vez, um novo limite máximo de permanência na medida socioeducativa. Aqui, tem-se a *definição de prazo determinado, inferior a três anos*, não em razão da aplicação de um modelo de dosimetria, mas pela verificação de um *quantum* de reprimenda a ser cumprido para que a medida progrida. É, portanto, solução indireta – mas que, ainda assim, satisfaz a necessidade de indicar patamares precisos para o cumprimento da privação de liberdade juvenil (e que levam em conta somente a natureza do delito praticado) e abandonar a exigência do atendimento a requisitos de ressocialização para restabelecer a liberdade.

A aplicação das frações da LEP traria o seguinte resultado matemático – todas as hipóteses considerando a aplicação da medida de internação:

	HISTÓRICO INFRACIONAL/ ESPÉCIE DE ATO	PERCENTUAL DE CUMPRIMENTO	PRAZO DETERMINADO
A	réu primário e ato infracional sem violência ou grave ameaça	sem possibilidade de aplicação	
B	reincidente em ato infracional sem violência ou grave ameaça	20% de 3 anos	7 meses e 6 dias
C	réu primário e ato infracional com violência ou grave ameaça	25% de 3 anos	9 meses
D	reincidente em ato infracional com violência ou grave ameaça	30% de 3 anos	10 meses e 24 dias
E	réu primário e ato infracional análogo a crime hediondo ou equiparado (desde que contemple violência ou grave ameaça)	40% de 3 anos	1 ano, 2 meses e 24 dias
F	réu primário – ato infracional equiparado a crime hediondo com resultado morte/comando de organização criminosa/constituição de milícia privada	50% de 3 anos	1 ano e 6 meses
G	reincidente em ato infracional análogo a crime hediondo ou equiparado ⁴⁷¹	60% de 3 anos	1 ano, 9 meses e 13 dias
H	reincidente em ato infracional análogo a crime hediondo ou equiparado com resultado morte	70% de 3 anos	2 anos, 1 mês e 6 dias

⁴⁷¹ Desde que contemple violência ou grave ameaça.

Fonte: elaborado pelo autor.

A definição dos quantitativos de tempo acima definidos se mostra totalmente compatível com os dados obtidos por meio dos mais atuais levantamentos empíricos realizados sobre a questão. A preocupação principal que surge é no sentido de que seja assinalado intervalo de tempo superior ao que é praticado habitualmente na realidade – tratando-se, portanto, de sugestão em prejuízo dos adolescentes. Mas não parece ser esse o caso, considerando que a média nacional de prazo efetivamente cumprido na medida socioeducativa de internação, conforme levantamento do CNMP, é de 14 meses e 15 dias,⁴⁷² o que supera praticamente todas as hipóteses de marco temporal definidas.

O documento institucional recém-mencionado traz também uma ponderação relevante que vai ao encontro da posição aqui defendida – em defesa de uma limitação temporal para o cumprimento da reprimenda juvenil privativa de liberdade. O raciocínio leva em conta o panorama concreto dos atos infracionais mais comumente praticados no país e as medidas definidas em razão de sua prática. A conclusão da ponderação traz como sugestão a adoção de patamares menores ainda do que os aqui definidos (o que parece se justificar, em parte, pela referência à regulamentação da progressão de regime em sua formatação pretérita, anterior à reforma promovida em 2019). O trecho destacado abaixo é extenso, mas merece ser trazido em sua integralidade, pois desenvolve argumento especialmente relevante para este estudo:

A Tabela 08 e o Gráfico 10 demonstram, por exemplo, que uma medida de internação aplicada por roubo qualificado ou reiteração em tráfico de drogas nos estados do AC, AL, AP e PI se estenderá por dois anos e seis meses, mas nos estados de DF, ES, MA, PB, PE, RR, TO ficaria em um ano e três meses, e nos estados de AM, CE, GO, MT, MG, PR, RJ, RN, RS, SC, SP, SE não passaria de nove meses.

A referência ao roubo e ao tráfico de drogas deve-se ao fato de que a grande maioria das medidas socioeducativas de internação são aplicadas em virtude do cometimento dessas modalidades de atos infracionais, como mostrou o levantamento realizado em 2012 pelo Programa Justiça ao Jovem, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De acordo com esse levantamento, os atos infracionais correspondentes a crimes contra o patrimônio (roubo, furto, entre outros) foram os mais praticados pelos adolescentes em cumprimento da medida de internação.

O roubo obteve os mais altos percentuais, representando 26% (Região Sul) a 40% (Região Sudeste) dos delitos praticados.

O tráfico de drogas se destacou nas regiões Sudeste e Sul, sendo o segundo ato infracional mais praticado, tendo obtido representação de 32% e 24%, respectivamente. Estupro, furto, lesão corporal e roubo seguido de morte apresentam-se em menores proporções.

É de se indagar, portanto, se existe um parâmetro técnico-jurídico que possa orientar a aplicação do princípio da brevidade na execução dessas medidas, evitando que a privação de liberdade imposta aos adolescentes se prolongue excessivamente, a ponto

⁴⁷² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p. 46.

de penalizá-los mais gravemente que os próprios adultos que estiveram com eles nas práticas delitivas.

Esse debate é pertinente porque, em regra, a maioria dos adultos primários, quando condenados criminalmente por roubo qualificado ou tráfico de drogas, raramente recebem penas superiores a seis anos de reclusão. Penas estas que, em sua execução, baseadas no princípio da progressividade e na aferição de critérios objetivos e subjetivos claramente definidos em lei, poderão ser reduzidas pelo instituto da remição à razão de um dia de pena para cada três dias de trabalho ou estudo e passar a regime prisional menos severo após cumprimento de 1/6.

O livramento condicional pode ser obtido após cumprimento de 1/3. Tudo isso possibilita, em tese, que um adulto primário condenado a seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, conquiste o regime aberto e/ou livramento condicional por volta dos 20 (vinte) meses de cumprimento, desde que, claro, atenda aos requisitos objetivos e subjetivos para tais benefícios.

Com esse exercício, não é despropositado concluir que, para a maior parte dos adolescentes, a duração da medida socioeducativa de internação não poderia ultrapassar um ano e oito meses, sob risco de afronta aos princípios que regem a execução das medidas socioeducativas, estabelecidos no artigo 35 da Lei do SINASE, especialmente o princípio da legalidade, pelo qual não pode o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto (artigo 35, inciso I).

Se esse tempo médio de um ano e oito meses fosse considerado um limite máximo aceitável de permanência na medida para a maioria, seria plausível estimar que o tempo médio razoável de permanência na internação deveria ser justamente em torno de 12 meses, equivalente a 1/3 do limite máximo de três anos, com possibilidade de uma flutuação de três meses para mais ou para menos, perfazendo uma margem de nove a 15 meses.⁴⁷³

Ainda sobre as hipóteses sugeridas, a proposição busca complementar o que veio indicado no tópico anterior, relativamente à definição de critérios para aplicação da reprimenda socioeducativa. Nesse sentido, ao se discutir o período máximo de permanência do adolescente na internação, há de se ter em mente que, antes, a medida deve ter sido devidamente aplicada.

Um dos patamares matemáticos “importados” da LEP cuida de situação que, nos termos analisados, não autoriza a aplicação da reprimenda socioeducativa mais gravosa – de forma que a discussão sobre o período máximo de permanência na internação, nesse caso, não faz sentido. Trata-se da hipótese “A” – réu primário e ato infracional sem violência ou grave ameaça. As hipóteses “B”, “C”, “D”, “E”, “F” E “H” cuidam de situações que envolvem a prática de ato infracional com o emprego de violência/grave ameaça ou a reiteração em ato infracional grave – o que, portanto, contemplaria a possibilidade de aplicação da internação.

A hipótese “G”, por sua vez, é um pouco problemática, em especial, quando se leva em conta a prática do delito de tráfico de drogas – crime equiparado ao hediondo, mas que não contempla violência ou grave ameaça. Tal delito, conforme se destacou, corresponde a uma parcela substancial (o segundo mais praticado nas regiões Sul e Sudeste, por exemplo) dos atos infracionais que ensejam a aplicação de internação.

⁴⁷³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: CNMP, 2019. p.46-48.

Aqui, nota-se um conflito aparente de normas, pois as hipóteses “D” (reincidente em ato infracional sem violência) e “G” (reincidente em ato infracional análogo a crime hediondo ou equiparado) seriam, em tese, aplicáveis. Pela incidência do princípio da especialidade, contudo, a última alternativa parece ser a que mais se ajusta à situação.

Ocorre que as duas categorias preveem patamares de sanção muito distintos – a última contemplando um ano a mais de reprimenda –, o que não parece proporcional. Além disso, impor ao adolescente a aplicação do segundo patamar mais gravoso diante da prática de um dos atos infracionais mais comumente praticados acaba por representar a adoção de um critério que culminará, fatalmente, com a justificação para a acentuação dos prazos de cumprimento da reprimenda (cuja utilização aqui se quer justamente limitar). Dito de outro modo, é garantir que o adolescente condenado pela prática de tráfico de drogas permanecerá, ao menos, por dois anos em privação de liberdade.

De certo que o critério apresentado para a definição da medida, exposto no tópico anterior, ajuda a minorar as possibilidades de ocorrência desse indesejado evento, já que seria necessário alcançar patamar superior a oito anos de pena para que fosse aplicada a reprimenda – o que, partindo de uma pena base de cinco anos, não parece possível de ocorrer tão frequentemente. Contudo, ainda assim, a simples existência de tal possibilidade já basta para causar um certo desconforto.

Para garantir a inviabilização de tal cenário é que a hipótese “G” foi definida com uma ressalva, apresentada em nota de rodapé. Optou-se pela configuração limitada aos delitos hediondos com violência ou grave ameaça justamente para garantir que o tráfico de drogas fosse tratado na hipótese “D”.

A decisão também se fundamenta em um critério de coerência sistemática. O ECA dá grande ênfase aos elementos “violência ou grave ameaça”, invocando-os para definir uma das hipóteses autorizativas para a aplicação da medida socioeducativa de internação, sem, todavia, fazer qualquer referência à natureza hedionda do ato. A lei especial trata, portanto, de modo distinto o homicídio qualificado e o tráfico de drogas (ambos hediondos ou equiparados), permitindo a imposição da reprimenda mais gravosa somente no caso do primeiro delito.

Nesse sentido, há de se concluir que a realização de dois homicídios qualificados ou a prática de dois ilícitos de tráfico de droga constituem situações distintas entre si e, que, portanto, não podem receber o mesmo tratamento da lei. Assim, admitir a aplicação da hipótese “G” para o tráfico de drogas seria subverter a lógica do ECA.

Outra questão que ainda precisa ser enfrentada no presente tópico diz respeito aos demais requisitos a serem satisfeitos para que seja concedida a progressão no cumprimento de

pena. Na sistemática penal dos adultos, a progressão figura como prerrogativa do apenado, devendo ser concedida sempre que atendido, para além do marco temporal, o requisito legal de boa conduta carcerária (ausência de falta grave) – conforme define o § 1º do art. 112 da LEP, já destacado acima. A mesma lógica pode também ser aplicada ao modelo penal juvenil.

A Lei do Sinase estabelece que todos os programas socioeducativos devem prever regime disciplinar e descreve minuciosamente como os regulamentos devem ser formatados (arts. 71 a 75). De tal sistemática, vale destacar os seguintes pontos:

- as infrações disciplinares devem vir explicitamente previstas – e classificadas como leves, médias e graves;
- exigência de definição precisa das sanções aplicáveis;
- procedimento de apuração da falta disciplinar que contemple a audiência do socioeducando e com a garantia de sua ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, o modelo penal juvenil já se encontra dotado do instrumental normativo necessário à verificação da conduta disciplinar do adolescente – histórico de comportamento que, vale destacar, já é examinado nos intervalos periódicos de reavaliação da medida e levado em conta na decisão do juízo da execução. A proposta aqui delineada, portanto, é que o histórico disciplinar do adolescente figure como único requisito (para além dos marcos temporais) de concessão da progressão – com o abandono da avaliação dos eixos da medida e do exercício forçado de ressocialização ao qual o adolescente é submetido.

Vale referenciar, por fim, que a proposta aqui delineada se inspira também na formulação de Frasseto, que defende a fixação “de tempo máximo, em concreto, inferior ao prazo máximo legal cominado abstratamente”⁴⁷⁴ representa, para além de uma possibilidade, uma necessidade.

⁴⁷⁴ FRASSETO, Flávio Américo. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade. **Juizado da Infância e Juventude do TJRS**. Porto Alegre: TJRS, 2003. p. 27.

3.4.3 Dinâmica de execução da medida socioeducativa: a obrigação do Estado de oferecer oportunidades ao jovem conciliada à vedação de submetê-lo a uma transformação interna impositiva

A definição de patamares determinados para o cumprimento da internação, como tem sido repetidamente destacado, se justifica, especialmente, para enfrentar a questão da privação da liberdade condicionada ao alcance de requisitos de moralização. Ocorre que a proposição pelo abandono de tal elemento não representa, em absoluto, a indicação de que a intervenção socioeducativa não deva se voltar à satisfação das necessidades fundamentais do adolescente ou à efetivação de seus direitos constitucionais. A ideia é que a atuação junto aos programas de atendimento – com o desenvolvimento dos eixos da medida – se mantenha praticamente nos parâmetros atuais, com o empreendimento de permanentes esforços para promover escolarização, profissionalização, convivência comunitária e familiar, cultura e lazer do adolescente privado de liberdade.

A diferença está na lógica que deve orientar este trabalho, limitada ao oferecimento de oportunidades, não podendo contemplar a exigência de adesão ao programa de ressocialização. A ênfase está, sob tal aspecto, na atuação do Estado, e não na adesão do adolescente ao programa, tendo em vista que é sob o ente estatal que recai a obrigação de executar a reprimenda em condições que possibilitem a efetivação de direitos. A proposição apresentada é também, nesse sentido, um apelo para que o Estado enfrente todas as questões estruturais que assolam o sistema em vigor, noticiadas acima.

Ademais, há de se ter em mente que a privação de liberdade executada na esfera penal juvenil – sendo abandonada a característica aqui examinada – se volta de maneira mais acentuada à consagração do postulado da excepcionalidade. Ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais do adolescente privado de liberdade deve acontecer não porque ela é necessária para que o socioeducando seja colocado em liberdade, mas porque ela representa o objetivo máximo da intervenção socioeducativa. O esforço é em favor do adolescente – e não em favor do alcance das condições necessárias para amparar sua libertação.

A mudança de perspectiva repercute também na lógica de planejamento da intervenção a ser realizada. Sob essa nova ótica, não há necessidade de que as propostas de atuação se limitem ao que pode ser realizado no ambiente institucionalizado das unidades socioeducativas. O trabalho junto ao adolescente deve ocorrer para além dos muros e para além do regime ao que esteja submetido – levando-se em conta as melhores oportunidades que lhe possam ser oferecidas.

3.4.4 Reajuste do conteúdo das dimensões punitiva e pedagógica da medida socioeducativa: redirecionamento do modelo de justificação do Direito Penal Juvenil

A conjugação das duas dimensões atribuídas à medida socioeducativa é possível desde que se tenha em vista que: a) a natureza pedagógica da medida é o propósito que norteia a intervenção socioeducativa e que orienta a atuação das equipes de execução; b) a natureza punitiva se revela, por sua vez, na gravidade das sanções impostas e no evidente caráter obrigatório da medida.

A afirmação de um pretendido objetivo de ressocialização não representa a admissão de que o alcance de tal objetivo deva se impor como *requisito para o restabelecimento da privação de liberdade*. A natureza pedagógica é alvo a ser buscado, mas não a qualquer custo. É propósito que deve ser perseguido somente por meio da oferta de oportunidades ao adolescente, e nunca a partir da imposição moralizante do alcance de metas unilateralmente definidas. O caráter punitivo deve ser concebido em face da gravidade da reprimenda socioeducativa e da inafastabilidade da medida.

Especialmente no que se refere às modalidades de restrição (semiliberdade) e privação (internação) de liberdade, a afirmação da dimensão punitiva não deve representar a aceitação de que a reprimenda juvenil possa ter qualquer formatação no seu modelo de aplicação e de execução. A medida deve punir, mas somente pode fazê-lo se também atender às disposições do ordenamento jurídico relativamente ao exercício do *ius puniendi*. Já a afirmação da prevalência da finalidade pedagógica deve vir aliada à admissão de que tal finalidade também pode ser alcançada a partir de outras medidas que não a privação da liberdade, na esteira do que defendem Weigert e Carvalho.⁴⁷⁵ E, mais do que isso, as condições concretas de cumprimento das reprimendas penais juvenis no Brasil evidenciam que é muito mais provável que a pretendida finalidade seja obtida fora do contexto da privação de liberdade, evitando-se, com isso, os nocivos efeitos do cárcere sobre o adolescente. Esse raciocínio, vale destacar, representa um argumento para a efetivação do princípio da excepcionalidade.

A proposta socioeducativa é atuar da maneira mais satisfatória possível para o alcance do objetivo ressocializador. A despeito de se detectar natureza punitiva nas medidas, a vertente

⁴⁷⁵ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; CARVALHO, Salo de. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, p. 227-257, jul. 2012.

pedagógica é o eixo central da reprimenda socioeducativa. Não como fundamento da intervenção, mas como obrigação imposta ao Estado, de ofertar ao adolescente condições de restabelecer o convívio social e atuar para satisfazer suas necessidades fundamentais sociais, econômicas e comunitárias. A ressignificação das dimensões punitiva e pedagógica da medida socioeducativa repercute também no reajuste do modelo de justificação do Direito Penal Juvenil brasileiro. Afinal, o binômio punição-educação tem direta relação com as finalidades de *retribuição* e *prevenção especial positiva*, que vieram identificadas na legislação especial.

Se, em tópico anterior deste estudo, as perspectivas de justificação em comento vieram objetadas, em razão de sua incompatibilidade com postulados constitucionais, as modificações propostas no presente capítulo indicam a materialização de um modelo de legitimação da intervenção socioeducativa que consolida tal objeção, pois ele se constrói em torno da *prevenção geral negativa*.

Foram indicados critérios para aplicação das reprimendas que levam em conta somente características do ilícito (e não do adolescente em conflito com a lei). Foram também recomendados o abandono do paradigma do Direito Penal do Autor, a consagração da separação entre direito e moral e a superação da sistemática de condicionamento do término da privação da liberdade ao alcance de objetivos coativos de ressocialização. Todos esses elementos se mostram compatíveis e adequados a um modelo preventivo geral negativo, formatado nos termos aqui debatidos.

Ao mesmo tempo, são elementos que objetam fortemente a retribuição e a prevenção especial positiva, por apresentarem conteúdo que desafia a ideia fundamental por trás dessas finalidades – as noções, já assinaladas, de que o ilícito penal merece ser sancionado em razão de constituir ato ofensivo à moral, um mal extrajurídico que precisa ser punido, e de que a reprimenda deve ter caráter moralizante coativo.

3.4.5 Desligamento antecipado da privação de liberdade

A derradeira proposta trazida no presente tópico diz respeito ao implemento de um instrumento para determinação da *extinção antecipada da medida de privação de liberdade*, mesmo antes do cumprimento do *quantum* de sanção definido nos patamares acima delineados. É proposição que se coloca como complemento da ideia de adoção de um modelo de execução das reprimendas por prazo determinado. Ademais, pretende consagrar não somente as indicações da Comissão Interamericana, a favor de sua adoção, mas também prestigiar o conteúdo do *princípio da individualização da pena*.

Por mais que o modelo aqui defendido conceba patamares quantitativos pré-definidos para a execução da privação de liberdade, tratando igualmente, sob tal aspecto, quaisquer adolescentes que venham a praticar ato infracional da mesma natureza (com reprimenda no mesmo prazo), no bojo da execução, torna-se possível avaliar cada caso distintamente, determinando o término da privação de liberdade em períodos diferentes. A legislação em vigor parece já oferecer a possibilidade de se executar um modelo de desligamento antecipado – com base no que define o art. 43 da Lei do Sinase.

Oportuno repetir o conteúdo do dispositivo em questão, notadamente, do inciso I do § 1º:

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

§ 1º *Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos:*

I - *o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória;*

Embora a previsão da Lei do Sinase faça referência direta ao modelo atual, quanto à obrigatória reavaliação periódica da medida, a disposição parece ser totalmente compatível com a sistemática ora proposta – que sugere a substituição do modelo atual de previsão de medida por prazo indeterminado. Ora, se o regramento atual permite a provocação do juízo da execução, *a qualquer tempo*, para que se manifeste sobre a liberação do adolescente – antes mesmo do cumprimento do período de seis meses –, não há como conceber que tal possibilidade deixaria de existir com o abandono dos intervalos de reavaliação. Com efeito, a prerrogativa da substituição em nada depende da dinâmica de reavaliação periódica, afinal, se a possibilidade é irrestrita, já que realizável a qualquer momento, ela pode servir para a determinação do desligamento antecipado do adolescente, não importando o tempo de privação de liberdade que tenha sido cumprido.

Parece importante, contudo, discutir a definição de critérios para que a extinção antecipada da medida seja concedida – até mesmo porque o texto da Lei oferece muito pouco nesse aspecto. Há somente a referência ao “*desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual*” como justificativa para o pedido de substituição. A ideia parece estar relacionada à adesão do adolescente ao projeto de ressocialização que a Lei idealiza no bojo do atendimento socioeducativo – a dimensão pedagógica da socioeducação. Como se destacou acima, tal sistemática, que *condiciona o desligamento do adolescente do programa socioeducativo* ao seu regular desenvolvimento nos eixos da medida, é problemática, pois realiza um exercício forçado de moralização. Foi diante dessa característica que surgiu a ideia

de propor a adoção de prazo determinado para cumprimento da privação de liberdade – para que o término da medida estivesse associado somente ao cômputo do intervalo de tempo definido.

Embora a ideia de examinar a adesão do adolescente ao projeto de ressocialização seja algo problemático, parece que aqui ela tem espaço para ser aplicada – desde que definidos alguns parâmetros para sua utilização. O que se está a defender é que a *participação voluntária do adolescente* nas atividades e tarefas propostas durante a intervenção socioeducativa seja premiada. A lógica é diferente da que vigora atualmente, porque contempla a noção de que o trabalho das equipes de execução seja pensado pela perspectiva da “oportunidade”, e não da “imposição”, ou seja, oferecer possibilidades ao adolescente, e não o obrigar a realizar um projeto pré-definido de mudança de vida. Mesmo o adolescente que não deseje aderir a nenhuma das possibilidades que lhe sejam oferecidas terá a garantia do seu desligamento compulsório, cumprido o prazo de reprimenda. Por sua vez, aquele que participa e se engaja com o projeto educativo proposto poderá ser recompensado com a diminuição do prazo de cumprimento da medida.

Aqui, parece possível um paralelo com o instituto da remição, disciplinado pela Lei de Execução Penal, nos arts. 126 a 130. A aplicação do instituto permite ao detento que realiza atividades de caráter profissional e educativo – ou seja, voltadas ao seu projeto de ressocialização – receber o benefício da minoração do *quantum* de pena a ser cumprido, na proporção de um dia de pena para cada três dias de estudo/trabalho. Nesse sentido, mais uma vez, a ideia de incorporação das garantias do Direito Penal de adultos é invocada.

Há de se ter em conta, contudo, que a dinâmica de execução das reprimendas socioeducativas e mesmo as características fundamentais do público infanto-juvenil oferecem alguns obstáculos à aplicação concreta do instituto da remição, sobretudo no que se refere à quantificação do estudo e do trabalho. Primeiro, porque a própria essência da socioeducação é a exigência de que sejam realizadas atividades pedagógicas com os adolescentes, que estão inseridas na dinâmica diária das unidades socioeducativas não somente por meio da educação formal, mas também a partir da realização de atividades diversas de caráter recreativo, cultural, profissionalizante e de lazer. Desse modo, se todos os dias são dedicados à realização da dimensão pedagógica, parece impossível delimitar o que pode ou não ser levado em conta, nesse percurso educacional, como “estudo”.

Outrossim, há de se considerar a existência de limitação legal para o exercício do trabalho infantil, uma vez que é “proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz”, conforme previsão do art. 60 do ECA. Para além disso,

as próprias condições estruturais e as dificuldades enfrentadas pelos programas socioeducativos no Brasil para promover a capacitação dos adolescentes e proporcionar oportunidades de emprego (cenário já delineado) tornam improváveis as chances de um adolescente privado de liberdade alcançar uma posição profissional.

Se o esforço a ser enfrentado pelo jovem para que compute dias de trabalho é tão severo – estando ele até mesmo proibido de fazê-lo até certa idade –, não parece adequado aceitar que sua atuação profissional seja considerada em seu favor na mesma medida em que se confere tal prerrogativa ao adulto. Mas também não há como definir, a não ser arbitrariamente, qual deve ser o peso de tal atuação. Diante de tais obstáculos, optou-se por não sugerir a adoção de um *modelo matemático* de definição de critérios para a liberação antecipada do adolescente privado de liberdade, considerando que, ao menos neste momento, não foi possível definir quais seriam os critérios a serem utilizados para a *quantificação* dos elementos envolvidos.

Fica, então, a proposição para que tais elementos sejam considerados globalmente. Nesse ponto, parece necessário admitir a existência de certa margem de discricionariedade, cabendo ao juízo da execução avaliar casuisticamente cada situação e definir o momento adequado para a conclusão antecipada da medida.

Embora não venha a indicação de um modelo matemático, é possível traçar algumas diretrizes para a aplicação da sistemática proposta. O marco inaugural do sistema de desligamento antecipado passa a ser a elaboração do Plano Individual de Atendimento do Adolescente (PIA), cujo prazo máximo de conclusão definido em lei é de 45 dias para as medidas de internação ou de semiliberdade (art. 55, parágrafo único, da Lei do Sinase). Finda a formalização do documento, já é possível iniciar a avaliação da adesão voluntária do socioeducando ao projeto educativo. O cotejo de todas as características defendidas acima – notadamente, o abandono da perspectiva de moralização, a consagração dos postulados da brevidade e da excepcionalidade, e a ressignificação das dimensões punitiva e pedagógica – está a indicar que, *se a dimensão pedagógica da medida socioeducativa começou a se concretizar, a mudança do status de liberdade do adolescente tem de ser avaliada*.

Quando a faceta pedagógica se coloca em movimento, deve-se levar em conta que ela pode continuar sendo buscada em condições menos rigorosas – seja em medida de semiliberdade, de meio aberto ou mesmo fora do sistema socioeducativo. Outrossim, necessário considerar que a permanência excessiva em privação de liberdade pode prejudicar a dimensão pedagógica, em vista dos efeitos nocivos que o encarceramento traz,⁴⁷⁶ sobretudo no público

⁴⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

adolescente.⁴⁷⁷ Diante do exposto, o que se pode extrair da análise realizada, de forma a permitir a operabilidade do modelo proposto de desligamento antecipado do adolescente, é a indicação de algumas prescrições voltadas ao juízo da execução das reprimendas.

O giro interpretativo proposto, definido de maneira a consagrar todos os postulados de limitação estudados, é no sentido de que *a progressão da medida ou a liberação do adolescente sejam concedidos como regra, toda vez que se detectar o engajamento do socioeducando com o programa pedagógico*. O ônus de determinar algo diferente, fundamentando devidamente a escolha, passa a recair integralmente sobre o juízo.

Ao ser acionado para se manifestar sobre a possibilidade de liberação do adolescente, o magistrado deverá, caso não a conceda, indicar *quais características do caso concreto indicam que a dimensão pedagógica não se encontra suficientemente desenvolvida, a ponto de inviabilizar a progressão da medida ou a liberação do adolescente, elencando precisamente os atributos que precisam ser trabalhados*. Nesse sentido, o magistrado deve indicar *por quais motivos avalia que o trabalho socioeducativo não pode concretamente continuar sendo realizado em contexto menos rigoroso*. Ademais, deverá *atestar que a permanência do adolescente no ambiente de privação de liberdade, mesmo havendo manifesto interesse pela sua adesão ao programa pedagógico, é justificável, a despeito dos efeitos prejudiciais que ela possa trazer*.

3.5 Panorama concreto das reformas em debate e redirecionamento das propostas

Nota-se nos discursos contemporâneos da opinião pública que as reivindicações sociais por mudanças no sistema punitivo têm se concentrado na defesa de seu embrutecimento, ou seja, são discursos em favor do aumento no rigor repressivo. Ainda que os clamores populares se destinem, primordialmente e de maneira geral, a criticar o tratamento atual destinado à delinquência praticada por adultos e ao sistema penitenciário, as demandas por acentuação punitiva, especialmente nos últimos anos, têm também insistido em um ponto com estreita relação com o campo do Direito Penal Juvenil: a redução da maioria penal.

O tema tem sido objeto de inúmeros projetos de lei e propostas de emenda constitucional, despertando calorosos debates no âmbito parlamentar e social. Outrossim, a

⁴⁷⁷ No mesmo sentido: ALVES, Sirlei Fátima Tavares. **Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional**. São Paulo: Método, 2005; SOARES, Helena Frade. **Juventudes perdidas: medida socioeducativa de internação como fator criminógeno e ambiente propenso à reincidência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

comunidade científica, em geral, tem se esforçado vigorosamente em combater a aprovação de tais propostas, evidenciando os argumentos contrários à sua adoção. Ademais, alguns setores da sociedade também têm se manifestado em oposição à redução da maioria penal, por meio da realização de eventos acadêmicos, festivais culturais, marchas e protestos, cenário que vem bem comentado por Terra.⁴⁷⁸

Embora as críticas direcionadas a tais projetos sejam abundantes, ainda assim, o tema é recorrentemente trazido à discussão, não podendo se considerar que se trata de ideia superada. É de se ressaltar que o presente estudo não se propõe a discutir especificamente o conteúdo dos projetos com a temática da redução da maioria penal – tema que, por si só, mereceria uma análise minuciosa, a exemplo da empreendida por Ricardo Cappi.⁴⁷⁹ O que mais interessa ao presente trabalho é o debate de uma nova ideia que tem se consolidado no campo do Direito Penal Juvenil, a favor da acentuação punitiva, alternativa a alterações no critério etário para definição da imputabilidade. Trata-se da proposta de aumento no tempo máximo para cumprimento da medida socioeducativa de internação.

A ideia essencial trazida à discussão é a proposição de dilatação significativa do prazo atual – máximo de três anos – para até vinte anos. Os motivos de este estudo se dedicar à temática em apreço, e não à análise dos debates sobre a redução da maioria penal, são os seguintes:

- 1) o tópico da maioria penal já tem despertado o interesse de diversos pesquisadores e autores. Avolumam-se obras que debatem – por critérios técnico-normativos, político-criminais ou criminológicos – a admissibilidade de eventual redução no marco etário para a imputabilidade penal;
- 2) o aumento no tempo de internação tem sido defendido com vigor por importantes figuras no cenário nacional do Direito Infância-juvenil – que o tem apresentado como alternativa preferível à redução da maioria penal.

Em especial sobre o segundo tópico, mostra-se oportuna a análise de recente manifestação (novembro de 2018) do Fórum Nacional da Justiça Juvenil, instituição que congrega juízes responsáveis pelo processamento de adolescentes envolvidos em atos

⁴⁷⁸ TERRA, Ana Marcela da Silva. **Aumento do tempo de internação de adolescentes em conflito com a lei: solução para que(m)?** Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. p. 58 e ss.

⁴⁷⁹ CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos de controle e figuras de perigo.** Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017.

infracionais, veiculada no sítio eletrônico da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude – ABRAMINJ. A publicação em questão – denominada Nota de Esclarecimento – evidencia o posicionamento da instituição “contrário à redução da maioria penal, por entender que essa medida não solucionará os problemas enfrentados hoje na segurança pública”.⁴⁸⁰

Contudo, a manifestação indica uma profunda afinidade com os discursos de endurecimento punitivo, ao expor: “entendemos o anseio da sociedade no sentido de ser necessário um maior rigor na responsabilização do adolescente que comete atos infracionais de maior gravidade”.⁴⁸¹ Por fim, vem o trecho que mais interessa a este trabalho, com a defesa do aumento do tempo de internação, notadamente:

Ressaltamos que, nessa esteira, há mais de dois anos, em Encontro realizado em Pirenópolis (GO), os juízes integrantes do FONAJUV elaboraram sugestões para alteração do ECA, dentre elas, a que aumenta o prazo máximo de internação do adolescente infrator que comete atos graves para até 8 anos. Algumas dessas sugestões foram incorporadas ao Projeto de Lei n. 7.197/2002, de Relatoria do Deputado Aliel Machado, que, em seu relatório, propõe, inclusive, o aumento do prazo de internação para até 10 anos. O projeto ainda está em tramitação.⁴⁸²

De certo que o pronunciamento de uma importante instituição no campo do Direito Penal Juvenil em favor do aumento no prazo máximo de internação traz consigo um peso ou um argumento de autoridade. Mas, por óbvio, tal “autoridade” não pode bastar para convencer a comunidade científica da pertinência de tal proposição. Daí a importância de analisar se a ideia em questão tem valor como proposta de reformulação da dinâmica de execução das medidas socioeducativas, notadamente a de privação de liberdade, tendo em vista: a) sua compatibilização com a finalidade e com a natureza jurídica da medida socioeducativa de internação; b) sua conformidade com os princípios fundamentais reitores do Direito Penal Juvenil brasileiro.

A discussão que se pretende realizar contempla o exame de um dos Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional que trata da matéria referenciada – modificações no prazo máximo de cumprimento da medida de internação e/ou na idade para o desligamento compulsório do adolescente/jovem adulto. Os projetos legislativos que intencionam promover

⁴⁸⁰ FONAJUV – Fórum Nacional da Justiça Juvenil. Nota de esclarecimento. **Abraminj**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br/noticia.php?id=2434>.

⁴⁸¹ FONAJUV – Fórum Nacional da Justiça Juvenil. Nota de esclarecimento. **Abraminj**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br/noticia.php?id=2434>.

⁴⁸² FONAJUV – Fórum Nacional da Justiça Juvenil. Nota de esclarecimento. **Abraminj**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br/noticia.php?id=2434>.

modificações nesses marcos são surpreendentemente numerosos, por isso, definiu-se como objeto de estudo o Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal”,⁴⁸³ e tem como relator o Deputado Aliel Machado.

A escolha pelo projeto referenciado se dá, para além de se tratar daquele mencionado pela ABRAMINJ, especialmente por um motivo: a ele foram apensadas outras 52 proposições legislativas, das quais cerca de 30 tratam explicitamente de mudanças nos marcos temporais do prazo máximo de cumprimento da medida de internação e/ou da idade de desligamento compulsório. Outro ponto da comentada proposição normativa que justifica o interesse pela sua análise diz respeito à maneira como ela foi elaborada. Como evidencia o próprio Deputado Aliel Machado no relatório confeccionado sobre o projeto em comento,⁴⁸⁴ tratou-se de proposição amplamente debatida, por meio de diversas audiências públicas, que contou com efetiva participação da sociedade civil. O deputado assinala, ainda, que seu projeto buscou inspiração no PL 2517/2015, de autoria do Senador José Serra, que havia sido aprovado em 2015 pelo Senado Federal, também após uma série de debates.

Ademais, o fato de o presente estudo propor a reformulação do modelo socioeducativo a partir da premissa da limitação das hipóteses de privação de liberdade – tanto no aspecto das *possibilidades de sua imposição* quanto no tocante à *duração das reprimendas* e de seu *modelo de execução* – também pesou a favor da escolha o objeto de análise deste tópico.

A definição do objeto de análise deste tópico – o comentado Projeto de Lei – se deu também diante de sua importância no cenário nacional. Trata-se de proposição ainda em curso,⁴⁸⁵ que foi objeto de amplos debates por meio de audiências públicas, que recebeu o explícito apoio do Fórum Nacional da Justiça Juvenil, ao qual foram apensadas outras dezenas

⁴⁸³ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.1.

⁴⁸⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 38.

⁴⁸⁵ O *status* de tramitação do projeto está disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=68352.

de projetos tratando de semelhante matéria, e que buscou inspiração em outra proposição legislativa similar que já havia sido aprovada no Senado Federal.

Pretende-se evidenciar que os debates legislativos atuais têm se concentrado na defesa da ideia contrária à acolhida por este estudo. Outrossim, o debate em favor da redução da maioria penal não interessa especialmente à discussão aqui empreendida – pois, em concreto, toma-se a manutenção da sistemática atual como pressuposto. Reduzir o critério etário de imputação penal é excluir do modelo penal juvenil parte do público adolescente, negando o acesso dessa parcela às prerrogativas constitucionalmente asseguradas para a população juvenil.

Concluída a análise documental do PL 7.197/ 2002 e do seu respectivo relatório confeccionado em sede parlamentar (que contempla o exame do conteúdo fundamental do projeto principal e dos apensados, das modificações normativas propostas e dos fundamentos invocados para justificá-las), parte-se para a discussão sobre a adequação da ideia de aumento no tempo máximo de cumprimento da referida medida com destacados princípios reitores do Direito Penal Juvenil, a saber: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O exame do Projeto de Lei em análise revela que um argumento em especial se mostra como ponto central na defesa da dilatação do prazo para cumprimento da internação: o atendimento aos anseios populares a favor do endurecimento punitivo. Com isso, é necessário discutir se tais demandas sociais seriam suficientes para justificar a desejada modificação legislativa, agravadora do tratamento destinado ao adolescente infrator.

A hipótese que se defende – e que se pretende demonstrar – no presente trabalho é que a ampliação desejada no prazo de privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei, exercitada a partir da medida de internação, é injustificável, por não ser compatível com nenhum dos elementos mencionados, invocados como seus fundamentos. Com este estudo, busca-se indicar a insustentabilidade da proposta em comento e impedir que tal ideia ganhe mais força no cenário nacional e se consolide como alternativa preferível à redução da maioria penal.

Neste momento, passa-se à análise dos projetos apensados ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002. O parecer do Relator apresenta, em seu tópico introdutório, um resumo do conteúdo dos demais projetos de lei apensados ao projeto. Conforme exposto, são 52 outras proposições legislativas, das quais cerca de 30 tratam explicitamente de mudanças nos marcos temporais do prazo máximo de cumprimento da medida de internação e/ou da idade de desligamento compulsório. Apesar de trazer apenas indicações essenciais das proposições legislativas apensadas, diante da abundância de projetos, o Relatório se estende por quase 40 (quarenta)

páginas na apresentação de tais informações. Seria impraticável transcrever integralmente o resumo em questão para este estudo, a fim de analisar as informações desejadas. Em linhas gerais, as modificações sugeridas pelos projetos de lei apensados ao PL 7.197/2012 contemplam:

- a) aumento no prazo máximo para cumprimento da medida de internação, com distintos marcos – 4 anos, 5 anos, 6 anos, 8 anos, 10 anos e 20 anos;
- b) a previsão de prazo da medida com base na pena do crime análogo ao ato infracional praticado – igual à pena ou reduzida em certo percentual;
- c) estabelecimento de prazo mínimo para cumprimento da medida;
- d) acréscimo na idade de desligamento compulsório – até o máximo de 29 anos;
- e) revogação do desligamento compulsório;
- f) previsão de cumprimento da medida em estabelecimento prisional;
- g) estabelecimento de responsabilização progressiva – com base na idade do adolescente.

Tais proposições já saltam aos olhos, tendo em vista as modificações às quais se destinam, rigorosas e significativas. Contudo, vale assinalar, ainda que de maneira exemplificativa, os argumentos levantados pelos parlamentares para justificar a necessidade das mencionadas mudanças no campo normativo, que se revelam ainda mais impressionantes. A linha argumentativa mais comum nos projetos analisados é a afirmação da benevolência da legislação penal juvenil, tida como severamente branda. No mesmo sentido, são numerosas as alegações da relativa “impunidade” do adolescente, o que funcionaria como motivador da delinquência desse público. Daí a necessidade de se promover uma “atualização” do ECA.

Nesse sentido, vale destacar a justificativa do PL 345, de 2011, do Deputado Hugo Leal:

[...] a benevolência da legislação é uma das causas do descrédito do sistema de recuperação de jovens infratores, pois, em boa parte dos casos concretos, a medida imposta torna-se simplesmente um mito. Sua função de prevenção geral das infrações penais torna-se bem enfraquecida, gerando sensação de insegurança para a sociedade.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.4-5.

Com semelhante conteúdo, é a justificativa do PL 2.233, de 2015, do Deputado Cabo Daciolo:

[...] o prazo da Medida Socioeducativa da internação para o adolescente que comete atos infracionais análogos aos crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, é brando e deve ser urgentemente alterado.⁴⁸⁷

No mesmo sentido, a manifestação transcrita do PL 7.732, de 2014, do Deputado Irajá Abreu:

[...] é imprescindível que seja estabelecida uma quantidade punitiva aos menores infratores que seja capaz de desestimular os indivíduos de praticarem condutas que atinjam bens jurídicos de maior importância e vitais ao convívio em comunidade e que atendam às exigências de justiça.⁴⁸⁸

A concepção de que haveria impunidade no sistema de Direito Penal Juvenil – que demandaria um incremento punitivo – pode ser detectada na justificativa do PL 1.895, de 2011, do Deputado Alexandre Leite:

[...] o legislador constituinte diz que “a repressão estatal aos menores de dezoito anos deve conter medidas especiais, visando à recuperação da pessoa humana”, mas que esse “tratamento não é sinônimo de impunidade ou benevolência estatal”. Essa situação imporia a necessidade de reforma “do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de ampliar o tempo de internação daqueles infratores que cometem atos infracionais graves”.⁴⁸⁹

Com semelhante posição, o PL 3.503, de 2012, do Deputado Ronaldo Benedet:

[...] “relativa impunidade dos menores, é frequente que eles sejam empregados por quadrilhas para diversos tipos de serviços escusos e também para serem responsabilizados por crimes graves perpetrados por maiores”, assim as “alterações

⁴⁸⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e pensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.16.

⁴⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e pensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.17.

⁴⁸⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e pensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 9.

propostas, além de darem efetividade à aplicação das medidas, servem para coibir o uso de menores em atos criminosos, mormente o narcotráfico”.⁴⁹⁰

Ademais, o PL 2.419, de 2015, do Deputado Laerte Bessa:

[...] o autor afirma que Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta falhas as quais permitem que jovens de alta periculosidade fiquem impunes. Quando esses jovens delinquentes não são punidos por suas atrocidades sociais, o Estado perde sua credibilidade perante a sociedade, fomentando o cometimento de delitos por outras pessoas, bem como a prática de crimes mais violentos e prejudiciais à harmonia social.⁴⁹¹

E, por fim, o PL 7.590, de 2014, do Deputado Guilherme Mussi:

[...] o autor afirma que diante da gravidade do problema e da falsa punição que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz aos jovens que cometem crimes, o projeto de lei tem como objetivo principal a real punição aos jovens delinquentes que afrontam a sociedade, de modo que estes passarão a cumprir com o estabelecido no Código Penal.⁴⁹²

Complementarmente às manifestações sobre a suavidade da legislação e a falta de punição, em muitos projetos, os anseios sociais pelo endurecimento punitivo são também invocados para justificar a necessidade das mudanças normativas. Sobre esse ponto, é especialmente notável a manifestação do PL 898, de 2015, do Deputado Sergio Souza, por indicar que a ideia de acréscimo no prazo máximo de internação deva ser uma alternativa à modificação do marco etário para imputabilidade penal, em resposta às demandas sociais de incremento punitivo. Veja-se:

[...] o autor afirma que o objetivo do presente projeto de lei é apresentar ao debate uma proposta mediadora, em que o Legislativo brasileiro caminhe no sentido de atender ao clamor da sociedade, punindo com mais rigor os menores que cometem

⁴⁹⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.10.

⁴⁹¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p. 20.

⁴⁹² BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p. 23.

infrações equiparadas a crimes graves, mas sem, contudo, implicar redução imediata da maioria penal.⁴⁹³

Com semelhante posição, o PL 1659, de 2015, do Deputado Valdir Colatto:

[...] a intenção da presente proposição é atualizar o Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à adequação da legislação aplicável ao adolescente à atual realidade e aos anseios da sociedade, promovendo a redução da violência que vem acometendo, principalmente, os grandes centros urbanos.⁴⁹⁴

O significativo aumento do envolvimento de jovens e adolescentes em crimes graves, bem como seu aliciamento por organizações criminosas, foi também levantado como ponto que justificaria o endurecimento no tratamento punitivo do público juvenil. Nesse sentido, vale ressaltar o PL 346, de 2011, do Deputado Hugo Leal:

[...] sua preocupação com o envolvimento de adolescentes com “crimes de natureza grave tais como roubo, homicídio, tráfico de drogas entre outros”. Esses adolescentes não teriam oportunidades de estudo e de trabalho o que, associado à dependência química, os torna vulneráveis ao tráfico de drogas - uma das maiores causas de internação de adolescentes.⁴⁹⁵

Semelhante entendimento vem manifestado no PL 3.503, de 2012, do Deputado Ronaldo Benedet:

(...) o Autor louva a iniciativa do legislador, no início da década de 90, mas afirma entender que o texto do ECA mostra-se ultrapassado, não mais se adequando a realidade hoje vivida no Brasil, em especial ao crescimento do tráfico de drogas no país, ação criminosa na qual tem havido uma participação cada vez maior de adolescentes.⁴⁹⁶

⁴⁹³ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.17.

⁴⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.14.

⁴⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.5.

⁴⁹⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.9.

A perspectiva se repete numa série de projetos. O PL 5.454/2013, da Deputada Andreia Zito, indica a necessidade de se “adequar a legislação existente à realidade atual, criando instrumentos eficazes no combate à crescente participação de menores de idade na prática de atos infracionais”.⁴⁹⁷ No PL 1.570, de 2015, do Deputado Cabo Sabino, destaca-se:

[...] o autor declara que dado o avanço da criminalidade que se incrementa a cada ano, percebe-se a participação funesta de adolescentes em atos análogos a crimes cometidos por adultos. Muitas vezes assumem a autoria de ilícitos cometidos por imputáveis, pois todos sabem que ficarão segregados no máximo por três anos. Não é incomum, também, os próprios adolescentes chefiarem quadrilhas, pela sensação – melhor dizendo, certeza – de impunidade de que desfrutam.⁴⁹⁸

Ademais, extrai-se do PL 387, de 2015, do Deputado Alberto Fraga:

[...] autor alega que a sociedade Brasileira tem assistido o crime organizado aliciar menores para prática de crimes bárbaros, adolescentes de 12, 14 e 16 anos são utilizados como testa de ferro dessas organizações. Temos visto adolescentes de 17 anos praticarem latrocínio e ao completar 18 anos são postos em liberdade. Essa situação absurda não existe em nenhum local do mundo.⁴⁹⁹

E, por fim, o PL 3.771, de 2015, do Deputado Roberto Alves:

Com isso, pretende-se impedir o aliciamento de adolescentes, assegurar o respeito às regras correntes (com responsabilização dos dirigentes de entidades), e ampliar as condições de reeducação, por período suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.11

⁴⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.27.

⁴⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.29.

⁵⁰⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 36.

Vale ressaltar, ao final, que alguns parlamentares sustentaram suas proposições de ampliação no tempo de medida com base na intenção de expandir o prazo para o atendimento socioeducativo – e o trabalho de ressocialização a ser executado sobre o adolescente. Nesse sentido, o PL 346, de 2011, do Deputado Hugo Leal:

[...] Como “educação” seria a chave para frear a escalada dos jovens na criminalidade, seria importante aumentar o tempo de internação para atos infracionais graves, associando esse aumento de período a aumento dos esforços educacionais, dando ao Estado a oportunidade e a obrigação para dar esses jovens uma adequada formação técnico-profissional.⁵⁰¹

Como se percebe, os argumentos apresentados no discurso parlamentar, em defesa da dilatação do prazo para cumprimento da internação, concentram-se especialmente na defesa de algumas noções fundamentais – impunidade, benevolência do sistema socioeducativo, necessidade de endurecimento e satisfação dos anseios populares – sendo, de maneira geral, demasiadamente semelhantes. Os extratos aqui trazidos foram numerosos, o que pode ter parecido, ao leitor deste estudo, como uma repetição desnecessária. Mas, vale frisar: a apresentação reiterada de argumentos tão próximos foi intencional, justamente na tentativa de revelar a própria repetição do discurso parlamentar.

Concluída a fase de apresentação dos projetos apensados, o Relatório do Deputado Aliel Machado indica as diretrizes para a consolidação de sua proposta,⁵⁰² já brevemente comentadas acima:

- a) coleta de informações em audiências públicas e nos trabalhos da Comissão;
- b) participação de membros da sociedade;
- c) tentativa de buscar equilíbrio entre as diversas opiniões conflitantes existentes sobre o tema;

⁵⁰¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 5.

⁵⁰² BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 38.

- d) inspiração no PL 2.517/2015, de autoria do Senador José Serra, por ser o mais completo e ter sido amplamente debatido na sua aprovação recente pelo Senado Federal.

A perspectiva de atender aos anseios sociais se revela já de início:

Adotamos como orientação de nosso Voto a busca de uma solução legislativa que consiga equilibrar a necessidade dos adolescentes e dos jovens e as reivindicações da sociedade, tendo por farol e meta principal a adoção de medidas que consigam oferecer a esses jovens brasileiros oportunidades para o seu completo desenvolvimento, com perspectivas de um futuro melhor.⁵⁰³

O voto do Relator se inicia apenas na página 158 do documento, de um total de 198. Antecede sua manifestação uma discussão (que se estende por mais de 100 páginas) sobre conceitos fundamentais e uma análise de dados e de instrumentos normativos de diversos campos: Direito Penal, criminologia, política criminal e, mais especificamente, Direito Penal Juvenil. Vale destacar, desse numeroso arcabouço de informações, uma breve menção ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal,⁵⁰⁴ invocado para defender que o legislador deve atuar com cautela na elaboração de normativas no campo da política criminal. Nos termos expostos:

Acreditar que a solução de todas as mazelas sociais se resolve por meio da adoção de políticas criminais estigmatizantes, é reconhecer a falência da sociedade brasileira. Optar por fomentar medidas de restrição de liberdade em detrimento do estabelecimento de políticas públicas sociais nas áreas de educação, trabalho, cultura, assistência social, combate às drogas, entre tantas outras, as quais têm um papel muito mais decisivo na redução dos altos índices de criminalidade, é fechar os olhos para as injustiças sociais, causa principal da criminalidade brasileira.⁵⁰⁵

⁵⁰³ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 38.

⁵⁰⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 39-40.

⁵⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 41.

Ademais, nota-se que há uma rápida análise da dinâmica de cumprimento das medidas socioeducativas, da qual se extrai um rol comentado de princípios reitores e de objetivos da medida. A saber:

Os princípios que regem a execução das medidas socioeducativas estão assim dispostos no art. 35 da Lei do Sinase:

- a) legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- b) excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- c) prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- d) proporcionalidade em relação à ofensa cometida; brevidade da medida em resposta ao ato cometido;
- e) individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- f) mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- g) não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e,
- f) fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

As medidas socioeducativas são aplicadas com os objetivos de responsabilizar o adolescente pela prática do ato infracional, com incentivo à reparação das consequências lesivas, sempre que possível; buscar 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 desaprovar a conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei (Lei do Sinase, art. 1º, § 2º).⁵⁰⁶

Há grande destaque para o marco legal da socioeducação em nível nacional, bem como para dispositivos normativos internacionais que cuidam de matéria infanto-juvenil, com ênfase para os parâmetros internacionais de responsabilização penal e idade mínima de maioridade penal. Há também a apresentação de perspectiva de direito comparado, com uma sucinta análise do tratamento destinado aos adolescentes infratores em Japão, Escócia, Inglaterra e Uruguai.

Merece enaltecimento o minucioso levantamento de dados trazido pelo Relatório (vale ressaltar, extraído do *Estudo Panorama Nacional: execução das medidas socioeducativas de internação do CNJ*), relativamente às estatísticas da delinquência juvenil no Brasil. Há informações sobre o panorama de execução da medida de internação nas seguintes variáveis.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p. 46-47.

⁵⁰⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe

perfil dos adolescentes privados de liberdade, idade de cometimento dos atos, tipologia dos atos infracionais, reincidência e escolaridade, família e uso de entorpecentes. O documento traz também dados específicos dos estados da federação e do Distrito Federal, extraídos de pesquisa encomendada pelo Relator. Os levantamentos realizados deram origem a uma série de conclusões, valendo destacar as seguintes:

O perfil dos adolescentes revelou uma série de questões que perpassam o problema do adolescente em conflito com a lei: famílias desestruturadas, defasagem escolar e relação estreita com substâncias psicoativas. A partir do melhor conhecimento do perfil dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas torna-se especialmente oportuna a definição de estratégias compatíveis com as necessidades dos jovens em situação de risco no Brasil.

É possível inferir do estudo realizado as seguintes conclusões:

[...]

d) Mais da metade deles não frequentava a escola antes de ingressar na unidade. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, entre a quinta e a sexta série. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados;

e) Entre os jovens entrevistados no Nordeste, 20% declararam que não sabem ler, enquanto no Sul e no Centro-Oeste essa proporção foi de apenas 1%;

f) Em relação à estrutura familiar, 14% dos jovens infratores possuem pelo menos um filho, apesar da pouca idade, e apenas 38% deles foram criados pela mãe e o pai. Além disso, 7 em cada 10 adolescentes ouvidos pelo Justiça ao Jovem se declararam usuários de drogas, sendo este percentual mais expressivo na Região Centro-Oeste (80,3%). A maconha aparece como o entorpecente mais consumido, seguida da cocaína e do crack;

[...]

i) O fomento à prática de atividades externas no período de internação, como participação em cursos, eventos religiosos ou oficinas de profissionalização, se mostrou uma forma eficiente de evitar a fuga dos adolescentes, além de favorecer a ressocialização. No Sudeste, em 85% dos casos de internação há prática de atividades externas, levando a Região a registrar índice de evasão de apenas 3%, o menor do país;

j) Faltam vagas no sistema brasileiro de medidas socioeducativas para atender de forma adequada os adolescentes infratores. A taxa nacional de ocupação das unidades é de 102%, sendo que os estados com a maior sobrecarga estão Nordeste. No Ceará, as unidades abrigam mais do que o dobro da capacidade, enquanto em Pernambuco a média é de 1,8 jovem por vaga e na Bahia 1,6;

k) Quase a totalidade dos estabelecimentos (cerca de 90%) conta com atendimento de psicólogos e assistentes sociais. O mesmo não ocorre no caso de médicos e advogados, presentes em apenas 30% das unidades, o que compromete os direitos básicos à saúde e à defesa processual. Além disso, um terço dos estabelecimentos não dispõe de enfermaria e mais da metade não possui gabinete odontológico;

l) Mais de 10% dos estabelecimentos registraram situações de abuso sexual;

m) 5% dos estabelecimentos apresentaram ocorrências de mortes por homicídio;

n) Quase um terço dos adolescentes declarou sofrer algum tipo de agressão física por parte funcionários e um quarto dos estabelecimentos visitados já havia enfrentado situações de rebelião ou motins.⁵⁰⁸

sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e pensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.71 e ss.

⁵⁰⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e pensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.101-104.

Nas páginas 104 a 141, o documento se dedica a uma profunda discussão sobre a escolarização do adolescente privado de liberdade, tratando de numerosas questões. De certo modo, isso revela uma especial preocupação do relator com o caráter pedagógico da medida, em detrimento da perspectiva sancionatória ou repressiva. Nesse sentido, vale ressaltar a seguinte passagem, extraída do tópico que cuida da “aprendizagem de adolescentes restritos de liberdade”:

Sabe-se que a restrição da liberdade é uma das medidas socioeducativas dentre as previstas pelo ECA. Além da medida de internação, conforme já visto neste relatório, Juiz da infância e da juventude pode aplicar outras cinco, a saber: advertência, liberdade assistida, prestação de serviço à comunidade, semiliberdade e internação provisória de 45 dias. A medida de internação, por interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, só deve ser aplicada pelo poder judicial, apenas quando as medidas anteriores não foram eficientes na inibição de atos infracionais ou pelo cometimento de ato de elevado grau de violência.

O Estado deve garantir ao adolescente com restrição de liberdade a incolumidade, a integridade física e a segurança. A submissão a uma medida socioeducativa, para além de uma mera responsabilização, deve ser fundamentada não só no ato a ele atribuído, mas também no respeito a equidade (no sentido de dar o tratamento adequado e individualizado a cada adolescente a quem se atribua um ato infracional), bem como considerar as suas necessidades sociais, psicológicas e pedagógicas.

Os princípios que norteiam a medida socioeducativa de internação devem ser da excepcionalidade, da brevidade e do respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, toda medida socioeducativa, principalmente a medida de privação de liberdade, deve ser aplicada somente quando for imprescindível, nos exatos limites da lei e pelo menor tempo possível, pois, por melhor que sejam as condições da medida socioeducativa, essa implica em limitação de direitos e sua pertinência e duração não devem ir além da responsabilização decorrente da decisão judicial que a impôs. Atualmente, a medida de internação não poderá ser superior a três anos, conforme previsão do §3º, do art. 121 do ECA.⁵⁰⁹

A justificativa do voto do relator se inicia na página 158. De maneira geral, a construção argumentativa se dá em torno da ideia de que o aumento do prazo máximo para cumprimento da medida de internação impõe-se como necessário, diante dos anseios sociais, sendo preferível ao estabelecimento de novo marco etário para imputabilidade penal. Inicialmente, o relator destaca sua preocupação com os “graus alarmantes de insegurança, violência e impunidade no Brasil”⁵¹⁰— o que, em certa medida, repete o discurso de parte dos projetos apensados ao PL em

⁵⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.111-112

⁵¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-

questão. Por outro lado, há o reconhecimento da ocorrência de uma série de violações de direitos humanos no âmbito da privação de liberdade, notadamente no sistema socioeducativo nacional.

Explicitamente, o voto se opõe à redução da maioria penal, assumindo que a questão da delinquência juvenil é complexa e que sua equalização demandaria a adoção de medidas não apenas no campo da política criminal:

Embora os diagnósticos sejam claros, a adoção de medidas criminalizadoras como a redução da maioria penal não solucionará ou amenizará os graves problemas existentes, tampouco produzirá os efeitos necessários. Somente com a adoção de políticas públicas de inclusão social, de responsabilidade do Poder Executivo, aliada a pequenas modificações nas diversas leis que abordam, imediata ou mediata, o sistema socioeducativo com a readequação do regulamento jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os resultados imprescindíveis, com o fortalecimento do princípio da proteção integral. Destaca-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com os ditames constitucionais e as convenções internacionais, estabeleceu um sistema de responsabilização diferenciado e importante, que só não é mais eficaz por conta da falta de efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, face às políticas públicas de prevenção e às estruturas estatais, notadamente dos Estados e dos Municípios, para o cumprimento das medidas socioeducativas de responsabilização.⁵¹¹

Em defesa da ideia de que a internação, da maneira como é executada atualmente, constitui rigorosa modalidade de privação de liberdade (em comparação especialmente com o tratamento destinado aos adultos), o voto enumera várias características da execução da mencionada medida socioeducativa: a) o fato de que “vários benefícios que se aplicam ao adulto aprisionado não têm se estendido ao adolescente”;⁵¹² b) a existência de significativas semelhanças entre as penas privativas de liberdade e as medidas socioeducativas, “havendo casos em que a medida imposta é muito mais gravosa ao que seria determinado ao penalmente imputável”;⁵¹³ c) a constatação, com base numa série de visitas técnicas, da grande similaridade

educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.158.

⁵¹¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.159.

⁵¹² BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.159.

⁵¹³ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-

entre unidades socioeducativas e estabelecimentos penais, “havendo casos, como o do Rio de Janeiro, nos quais os pertencentes aos socioeducativo são mais precários do que o do sistema carcerário”.⁵¹⁴

E, por fim, a majoração do prazo de internação, questão central em análise, é justificada como se representasse um “mal menor”, a fim de se evitar o avanço das propostas de redução da maioria penal. Nos termos do voto:

Além do maior rigor com que são tratados os adolescentes em conflito com a lei junto ao sistema de justiça, todos os levantamentos nacionais demonstram de uma forma geral a omissão do Estado em relação ao sistema sócio educativo. No Substitutivo apresentado, procurei ter cuidado para evitar, o máximo possível o que Emilio Garcia Mendez já chamava de processo de retrocesso autoritário pelo desmantelamento das garantias da Convenção. Mas, a se evitar um retrocesso maior nas “conquistas civilizatórias e humanitárias”, na crítica de Mario Radmidoff, que seria a alteração constitucional reduzindo o marco etário para a imputabilidade penal, esta Comissão Especial assumiu a responsabilidade de desenvolver um trabalho sério e responsável com o objetivo de encontrar uma alternativa que impeça mais um grave retrocesso aos direitos fundamentais, que estão sob ataque sistemático pela classe dirigente do nosso país.⁵¹⁵

É necessário destacar que o voto em apreço trata de outras matérias, para além das aqui analisadas. Interessam especialmente os tópicos que cuidam do prazo máximo de medida socioeducativa de internação de dez anos (II.3)⁵¹⁶ e do aumento do prazo máximo de internação só para os atos infracionais que atentem contra a vida (II.3.1).⁵¹⁷ Nessas duas partes, há em grande medida, uma repetição dos argumentos apresentados na justificativa. É proposto um modelo de responsabilização que contempla o aumento escalonado do prazo de internação, com

educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.160.

⁵¹⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.160.

⁵¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.161-162.

⁵¹⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.164-166.

⁵¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório.** Relator: Dep. Aiel Machado. Brasília, 2017. p.166-168.

base na idade do infrator, o que se defende a partir da constatação de uma “curva de criminalidade juvenil”,⁵¹⁸ com a seguinte indicação:

Foi constatado que até os 14 anos a criminalidade é relativamente baixa, tendo uma subida acentuada dos 14 aos 18 anos. A curva da criminalidade se estabiliza dos 18 aos 23 ou 24 anos, sofrendo decréscimo significativo a partir dos 24 anos. Outro fator decisório importante foi de que os dados indicaram que a maioria dos adolescentes cometeu o primeiro ato infracional entre 15 e 17 anos (47,5%).⁵¹⁹

O modelo projetado teria a seguinte formatação:

- 1) entre 12 (doze) anos completos e 14 (catorze) anos incompletos: 3 (três) anos;
- 2) entre 14 (catorze) anos completos e 15 (quinze) anos incompletos: 5 (cinco) anos;
- 3) entre 16 (dezesesseis) anos completos e 17 (dezesete) anos incompletos: 7 (sete) anos;
- 4) entre 17 (dezesete) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos: 10 (dez) anos.⁵²⁰

A despeito das dilatações substanciais no prazo de cumprimento da medida, ainda que de maneira proporcional com relação à idade do infrator, adverte o voto que a internação permaneceria com seu caráter excepcional, submetida aos princípios elencados na legislação específica, não comportando prazo mínimo. A delimitação da abrangência do aumento do prazo de medida é também definida e justificada, ressaltando-se que a majoração contemplaria apenas os atos que atentassem contra a vida, por serem “revestidos de extrema gravidade”.⁵²¹

A motivação central do projeto, isto é, a necessidade de se dar uma resposta aos anseios sociais pela acentuação punitiva, é destacada novamente no seguinte trecho:

⁵¹⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.165.

⁵¹⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.165.

⁵²⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.166.

⁵²¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.166.

Ademais, a análise dos dados levantados por esta Comissão Especial leva a concluir que o máximo de três anos de internação não se tem mostrado como medida adequada de resposta estatal aos atos infracionais mais graves, gerando na sociedade uma perigosa sensação de impunidade, a qual clama por mudanças, em especial a redução da maioria penal. Desse modo, para adequar o ECA à realidade presente da sociedade brasileira, sugere-se alterar o período máximo de internação para 10 anos e estabelecer faixas etárias distintas para o cumprimento máximo da medida, como forma de trazer mais lógica e racionalidade ao sistema socioeducativo, reduzindo a discricionariedade em relação ao tempo de cumprimento da medida e fazendo com que o adolescente que se envolva em atos infracionais de maior gravidade fique mais tempo internado.⁵²²

A análise que se realizou até aqui pretendeu evidenciar os fundamentos a favor da proposta de aumento do prazo para cumprimento da medida socioeducativa de internação, presentes no Relatório do Projeto de Lei nº 7.197, de 2002. Constatou-se que os discursos justificadores apresentados, no caso dos projetos apensados, são repetitivos e se concentram em alegar a benevolência do sistema de justiça penal juvenil e afirmar a existência de impunidade nesse campo. Notadamente, o PL do Deputado Aliel Machado se distancia, em parte, dessa tônica, pois evidencia a severidade do sistema socioeducativo e analisa minuciosamente o panorama atual da privação de liberdade de adolescentes, constatando que há, sim, punição, exercitada em larga escala, em condições precárias e em contexto geral de superlotação.

Em verdade, a perspectiva do Relatório não é, em nenhuma medida, inovadora. A conjuntura crítica do sistema socioeducativo nacional tem sido ostensivamente exposta. Vale ressaltar, nesse sentido, as constatações do Conselho Nacional do Ministério Público, reveladas em publicação oficial do órgão, editada com base nas informações levantadas em inspeções realizadas nos anos de 2013 e 2014, em unidades socioeducativas de todo o país, a fim de se verificar o cumprimento dos objetivos traçados pelo ECA e os princípios apresentados pela Lei nº 12.594/2012. A saber:

As informações deste relatório comprovam que o cumprimento das medidas socioeducativas, especialmente as restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – está muito longe do que preconiza a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e o modelo do ECA: há superlotação, poucas oportunidades de formação educacional e profissional, espaços insalubres, rebeliões nas unidades, fugas, dificuldades de atendimentos de saúde, entre tantos outros.⁵²³

⁵²² BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioria penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017. p.167.

⁵²³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015, p.96.

O cenário observado pelo relatório contradiz, portanto, as afirmações sobre a falta de rigor e a ausência de punição no campo da delinquência juvenil e indica uma preocupação com o aprimoramento do sistema – em especial, no tocante à ressocialização do adolescente, enaltecendo a perspectiva pedagógica da medida socioeducativa. Mais do que isso, o relatório, reafirma explicitamente o caráter subsidiário da privação de liberdade, invocando, para tanto, os princípios da brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Apesar de trazer todas essas considerações, em concreto, o projeto defende um aumento severo no prazo da medida socioeducativa de internação, o que significa defender uma ampliação da privação de liberdade. E, para tanto, invoca os anseios populares em favor do endurecimento punitivo para justificar a necessidade das mudanças pretendidas, a fim de impedir um “mal maior”, que seria a redução da maioridade penal.

Há, portanto, uma inegável contradição: um minucioso relatório, revelador da severidade do sistema socioeducativo, que indica a necessidade de manutenção e reforço do seu caráter pedagógico e da natureza subsidiária da privação de liberdade nesse sistema – mas que, ao mesmo tempo, defende a ampliação rigorosa do prazo de internação socioeducativa (ainda que restrita a casos específicos) a fim de atender aos anseios sociais de incremento punitivo, sustentados por uma equivocada percepção de benevolência do sistema de justiça penal juvenil. Por mais evidente que tal contradição seja, parece que ela passou despercebida pelo legislador. Ou, pior ainda, é de se supor que, efetivamente, entendeu-se que fazia sentido propor uma mudança legislativa completamente incompatível com as ideias invocadas para sustentar sua defesa.

Independentemente de qual tenha sido o motivo para que o projeto em análise viesse maculado por tal inconsistência, cumpre a este trabalho a tarefa de evidenciar que a contradição detectada é insuperável. Em suma, porque:

- não há sentido em invocar a dimensão ressocializadora da medida socioeducativa para se justificar o incremento na modalidade de privação de liberdade;
 - os princípios fundamentais do Direito Penal Juvenil relativos à privação de liberdade – excepcionalidade, brevidade e condição de pessoa em desenvolvimento – em nada
-

legitimam uma ampliação do prazo de cumprimento da medida de internação. Ao contrário, são postulados que visam à reafirmação do caráter subsidiário e excepcional da privação de liberdade no campo do Direito Penal Juvenil;

- a política criminal não pode ter seus rumos ditados unicamente pelos anseios populares em favor do incremento punitivo, especialmente, se tais anseios se fundam numa equivocada percepção da realidade. Ainda que as tais demandas sociais fossem legítimas, é de se considerar que, num modelo de Estado efetivamente democrático, há questões e garantias fundamentais que nem mesmo a vontade “da maioria” pode vir a ameaçar, o que contempla um conjunto de prerrogativas do cidadão contra o exercício arbitrário do poder punitivo.

A conjugação dos elementos evidenciados neste ponto – a afirmação da finalidade da medida socioeducativa de internação e o atendimento aos seus princípios reitores – revela a lógica fundamental por trás do exercício da privação de liberdade de adolescentes infratores no ordenamento jurídico brasileiro. O cotejo de todos os elementos debatidos, em confronto com a realidade minuciosamente analisada pelo Relatório do Projeto de Lei, de fato, aponta para a necessidade de reforma do sistema socioeducativo. Porém, as mudanças que o atual cenário impõe não parecem envolver qualquer modificação no prazo máximo para cumprimento da internação. A realidade revela a necessidade de aprimoramento no sentido de dotar os entes federados e os programas socioeducativos de condições para que executem adequadamente as medidas que lhes cabem e que, com isso, consigam alcançar os objetivos ressocializadores a contento.

Nesse sentido, vale mencionar a necessidade de se equacionar as deficiências estruturais das unidades socioeducativas, majoritariamente em condições precárias. E, mais do que isso, mostra-se indispensável o fortalecimento das medidas de meio aberto, pouco desenvolvidas na maior parte dos municípios brasileiros. Elas são menos rigorosas e restritivas aos adolescentes e preferíveis à privação de liberdade, uma vez que representam oportunidade de se realizar um atendimento socioeducativo sem os possíveis efeitos nocivos do encarceramento. Ademais, o fortalecimento dos programas de meio aberto serviria ao propósito de reafirmar a subsidiariedade da privação de liberdade, o que poderia contribuir para a redução na decretação das medidas de internação. Na prática, inexistindo condições concretas de execução da medida mais branda, muitos magistrados optam pela decretação da medida mais gravosa para se evitar a “impunidade”. A consolidação dos programas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida poderia contribuir para a diminuição da superlotação das unidades.

Cumulativamente, é possível pensar também na disponibilização de novas vagas a partir da construção de novos centros socioeducativos e casas de semiliberdade.

Por todo o exposto, não há indicativos de que o acréscimo no prazo do cumprimento da medida de internação seja tolerável ou mesmo desejável para a reafirmação dos postulados fundamentais em análise. E vale enfatizar: a finalidade pedagógica pode ser obtida no ambiente de privação de liberdade, mas, especialmente, em outros contextos menos gravosos e menos nocivos ao adolescente. É por isso que o ECA consagra a existência de outras medidas socioeducativas, ligadas ao fortalecimento dos vínculos familiares e sociais do adolescente.

A defesa de prolongação do prazo de privação de liberdade é verdadeiramente uma subversão da lógica da medida socioeducativa, e a análise aqui empreendida dos pressupostos da medida faz cair por terra qualquer pretensão de justificativa da proposição legislativa em análise. Se a modificação normativa em comento não encontra respaldo por uma perspectiva dogmática, só resta em sua defesa a alegação de que um incremento no prazo de privação de liberdade dos adolescentes representaria o acolhimento dos anseios populares a favor do endurecimento punitivo nessa seara. Nesse ponto do debate, deve prosperar a visão de que tal clamor é fruto de engano. A realidade do sistema de privação de liberdade juvenil é bruta e rigorosa, constatação que dificulta a empreitada daqueles que se propõem a defender que o sistema em questão mereceria se tornar ainda mais severo.

Desse modo, a conclusão que se apresenta de forma incontestável é a de que, se o modelo penal juvenil brasileiro necessita passar por mudanças, elas não devem ser na direção do avigoreamento nos prazos de encarceramento. As proposições trazidas no presente tópico – a) critérios para a definição da medida socioeducativa com base no *quantum* de pena; b) progressão da medida socioeducativa com base nos patamares da LEP, definindo intervalo de tempo preciso para execução; c) abandono do modelo de reavaliação periódica; d) ressignificação do conteúdo das dimensões punitiva e pedagógicas; e e) enfrentamento das questões estruturais das unidades socioeducativas – são inspiradas na mesma assertiva fundamental: a ideia de que o adolescente não pode receber tratamento penal mais gravoso que o adulto, e que, portanto, a incorporação das garantias e prerrogativas do modelo penal é medida que se impõe como necessária ao ajustamento constitucional do sistema socioeducativo.

Isso não significa, em concreto, que deva necessariamente ser realizada uma profunda reforma legislativa, a fim de permitir que as modificações aqui sugeridas para a sistemática atual entrem em funcionamento. As soluções desenhadas invocam o conteúdo de disposições normativas – da Constituição, do ECA, da Lei do Sinase, do Código Penal e da LEP – que já estão em vigor. O que fez o presente trabalho foi somente organizar o conteúdo das referidas

prescrições e evidenciar a relação que existe entre elas, o que justifica, nesse sentido, a incorporação de garantias para o público adolescente em conflito com a lei.

Se, por um lado, todas as proposições aqui apresentadas se mostram passíveis de aplicação de imediato, de outro lado, não parece que a adesão a essas propostas aconteceria de maneira orgânica e voluntária na esfera jurisprudencial. Ao contrário, a literatura tem observado na jurisprudência grande resistência em abandonar o paradigma menorista e mesmo em efetivar as garantias processuais já explicitamente previstas no ECA. Assim, um “salto” de entendimento, em direção à maximização das garantias, como o que vem aqui sugerido, parece muito improvável de acontecer.

Parece, portanto, que a seara legislativa se afigura como via na qual se pode depositar maiores esperanças. Não porque o cenário de proposições em trâmite alimente esse sentimento, mas porque se parte da noção de que a lei (a lei penal mais especificamente) é a garantia do cidadão, seu instrumento de limitação contra o arbítrio estatal, marcadamente uma posição inspirada no modelo garantista.

O que fica de encaminhamento, neste ponto, é a enunciação de que a legislação precisa prever, de maneira inequívoca:

- a) que o modelo de imposição de medidas socioeducativas respeitará a configuração aqui desenhada, que envolve a realização de cálculo de pena, a partir do procedimento de dosimetria, cujo resultado serve à definição da possibilidade ou não da aplicação da internação;
- b) que o modelo de execução das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade contemplará prazo determinado, definido com base na incidência dos quantitativos previstos na LEP para realização da progressão no cumprimento de pena, conforme descrito no tópico acima;
- c) que a sistemática de reavaliação periódica das medidas socioeducativas será abandonada e que o restabelecimento da liberdade do adolescente não poderá ser condicionado ao alcance de qualquer objetivo de ressocialização;
- d) que a medida socioeducativa possui caráter penal especial;
- e) que tal qualidade impõe a aplicação de todos os postulados de limitação do *ius puniendi* estatal para o Direito Penal Juvenil;
- f) que o caráter penal não representa autorização para que o tratamento destinado aos adolescentes seja o mesmo dado aos adultos no quesito da execução das reprimendas –

- na medida em que há regramento específico para tratar da questão (Lei do Sinase) e princípios reitores próprios do modelo penal juvenil que também merecem atenção;
- g) que a afirmação da natureza pedagógica da medida socioeducativa não significa autorização para que se realize exercício impositivo de moralização do adolescente.

CONCLUSÕES

1. O ponto de partida deste estudo foi a detecção de características inaceitáveis no modelo de aplicação e de execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade. Duas questões surgiram como principais pontos de provocação: a) a indefinição de critérios precisos e objetivos para a definição das reprimendas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei, com a possibilidade de imposição da privação da liberdade em razão de características familiares ou socioeconômicas do adolescente; b) a formatação de um modelo de execução das medidas privativas de liberdade que condiciona a liberação do adolescente ao alcance de objetivos de ressocialização.

2. Para evidenciar a incompatibilização de tais características com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o constitucional, foi realizada pesquisa no campo dos fundamentos do Direito Penal. Nesse ponto, foram definidas as características fundamentais que o Direito Penal deve atender de maneira a se compatibilizar com o texto da Constituição de 1988, com o paradigma do Estado Democrático de Direito por ela consagrado, e com os princípios nela esculpidos. O exame realizado se concentrou em indicar atributos do modelo punitivo ligados à sistemática de imposição e de cumprimento da reprimenda penal, na expectativa de enfrentar a problemática evidenciada.

3. Sobre o modelo de imposição das reprimendas penais, a análise empreendida definiu que o arcabouço constitucional brasileiro autoriza a imposição de pena somente em razão da prática de condutas previstas previamente como delitos. Pensamentos, ideias ou convicções que não se manifestam no mundo exterior não têm o condão de autorizar a aplicação de sanção penal. No mesmo sentido, características ou condições do indivíduo não podem servir como justificativa para sua punição. Sobre o modelo de cumprimento das penas firmou-se o entendimento de que o Estado deve respeitar a autonomia moral do indivíduo. O arcabouço constitucional não autoriza que seja realizada intervenção sob o cidadão com o propósito de promover sua transformação moral ou de promover sua “ressocialização” de maneira coativa.

4. O debate sobre o modelo de justificação da pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro teve o mesmo propósito – extrair de tal exame prescrições sobre a formatação da sanção penal e de seu modelo de aplicação. Buscou-se, por meio dele, identificar em que medida a perspectiva de justificação escolhida pela Lei Maior repercute sobre a dinâmica penal. Nesse

tópico, verificou-se novamente a incompatibilidade entre o modelo constitucional brasileiro e uma sistemática de imposição de reprimendas de caráter moralizante ou orientadas pela perspectiva de promover um exercício forçado de reintegração social do apenado. Ademais, consagrando os postulados da legalidade, da culpabilidade e da consequencialidade, definiu-se que somente uma conduta culpável pode justificar a aplicação da pena.

5. Como as diretrizes compiladas sobre a formatação do modelo penal adequado ao paradigma constitucional brasileiro se mostraram incompatíveis com as características objetadas no sistema socioeducativo, o trabalho passou a avaliar a aplicabilidade dos referidos postulados – em tese, definidos para o Direito Penal comum – ao modelo de atendimento ao adolescente em conflito com a lei.

6. Apresentada uma visão geral da sistemática em vigor, passou-se a discutir a questão do reconhecimento do modelo socioeducativo como modalidade de Direito Penal especial – o denominado Direito Penal Juvenil. Fixou-se o entendimento de que o modelo socioeducativo brasileiro tem caráter materialmente penal. Tal natureza foi definida pelo próprio legislador, ao estabelecer a consequencialidade entre a prática do ato infracional e a imposição da medida socioeducativa, bem como diante das características das reprimendas impostas aos adolescentes, sobretudo a privação da liberdade por períodos extensos. Quando se afirma a existência do Direito Penal Juvenil, a assertiva apresentada é no campo dogmático, indicando que o ordenamento jurídico conferiu natureza penal ao modelo socioeducativo. Não se cuida de discussão no campo político criminal, a exigir uma mudança legislativa que reconheça tal natureza. Ela já está posta. Reconhecer o Direito Penal Juvenil como ramo especial do Direito Penal significa invocar para ele a aplicação de todos os postulados idealizados para o Direito Penal comum, além de contemplar princípios próprios, notadamente, os princípios da brevidade e excepcionalidade, ligados à privação de liberdade na esfera juvenil, e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pedra fundamental do modelo de atendimento em conflito com a lei.

7. Embora se admita que o adolescente se encontra em momento peculiar da vida, período de formação da sua personalidade a demandar uma participação do Estado na proteção de seus direitos fundamentais, o reconhecimento do jovem como cidadão conferido pela Constituição de 1988, sujeito de direitos (e não objeto da tutela estatal), proíbe que o Estado atue

coativamente na condução de suas escolhas, imponha projetos de vida e de moral, podendo o ente apenas oferecer oportunidades para que o jovem concretize seus projetos pessoais.

8. O modelo brasileiro de Direito Penal Juvenil se constrói a partir da noção de inimputabilidade etária do adolescente, o que, em tese, afasta a detecção da culpabilidade do infrator. Mas existe a possibilidade de construção de um conceito de culpabilidade (como elemento do conceito estratificado do delito) adequado ao modelo penal juvenil. A ideia por trás de tal construção é garantir que o adolescente possa ser exculpado, ou ao menos ter sua sanção minorada, em razão da não satisfação de qualquer um dos demais atributos da culpabilidade, para além da inimputabilidade etária.

9. O sistema de aplicação das reprimendas socioeducativas deve ser objetado, pois se constrói em torno do paradigma do Direito Penal de Autor, reproduzindo a lógica menorista, que, em tese, deveria ter sido abolida com a edição do ECA. As disposições do Estatuto que cuidam da definição da *medida adequada ao adolescente* servem de instrumento para a imposição da privação da liberdade em razão de características do adolescente – em especial, a situação socioeconômica, a estrutura familiar, o nível de escolarização, entre outros elementos pessoais. Tal formatação ofende os princípios da legalidade, da consequencialidade e da lesividade, ao permitir a aplicação de sanções com base em elementos internos do adolescente, que não se relacionam à prática da conduta ilícita anteriormente prevista em lei.

10. No mesmo sentido, o modelo de aplicação das medidas privativas de liberdade na esfera juvenil compreende a execução de reprimenda que opera a realização de um exercício impositivo de transformação moral do adolescente – formatação incompatível com os postulados da retributividade e da lesividade. É noção que confunde direito e moral em medida astronômica – não se satisfaz em impor a transformação individual como etapa da reprimenda, mas estabelece como requisito para o restabelecimento da liberdade a adesão total ao projeto reeducativo.

11. Atribui-se às medidas socioeducativas um caráter dual – punitivo e pedagógico. O primeiro se evidencia na natureza coativa e aflitiva das reprimendas. O segundo se detecta por meio da lógica que orienta a intervenção sobre o adolescente em conflito com a lei, que exige a realização de atividades educacionais e de profissionalização pelo adolescente como elemento fundamental da reprimenda. A afirmação de uma finalidade pedagógica para as medidas de

privação de liberdade serve de principal fundamento para a justificação da sua prolongada manutenção, em ofensa ao postulado da brevidade. Entende-se que ela representa um “bem” para o adolescente, uma oportunidade de melhora e de satisfação de muitas das suas mais fundamentais necessidades – raciocínio que reproduz a lógica do paradigma menorista. De outro lado, a afirmação do caráter punitivo serve à justificação do avigramento no tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei. É o que se nota nos discursos parlamentares desejosos da ampliação das hipóteses de encarceramento juvenil.

12. O modelo de justificação adotado no Direito Penal Juvenil se constrói em torno da retribuição e da prevenção especial positiva. As duas perspectivas se mostram incompatíveis com as diretrizes constitucionais de formatação do sistema punitivo democrático, pois manifestam caráter autoritário, ofensivo à dignidade da pessoa humana, atentatório à separação entre direito e moral e impositivo de um modelo de ressocialização forçada do socioeducando.

13. A análise dos documentos internacionais que cuidam da matéria penal juvenil indica de maneira enfática os postulados da excepcionalidade e da brevidade como valores fundamentais. A referência ao princípio da proporcionalidade (na condição de elemento central a ser considerado na escolha da reprimenda a ser aplicada) surge, igualmente, como ponto enfatizado pelos documentos internacionais. O que se nota, sobre tal instituto, é uma preocupação no sentido de que as características do ilícito (gravidade e participação do adolescente no ato), e não as características do adolescente (condição familiar e socioeconômica), tenham especial relevância sobre a decisão pela privação da liberdade. É também posição que objetiva a superação do paradigma da situação irregular.

14. Informe editado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou, de maneira explícita, aos países signatários de sua convenção (sendo um deles o Brasil) o implemento de mudanças nos modelos de atendimento ao adolescente em conflito com a lei: a) o abandono da aplicação de reprimendas privativas de liberdade por prazo indeterminado; b) a utilização de critérios ligados exclusivamente à natureza e à gravidade do ilícito para definição da reprimenda; c) a consideração de características pessoais do adolescente somente com o propósito de beneficiá-lo, e nunca como fundamento para sua detenção; d) a implementação de modelos que permitam o desligamento do adolescente mesmo antes de cumprido o prazo determinado em sentença.

15. O exame de modelos estrangeiros trouxe à tona a detecção de algumas possibilidades de formatação diferentes para a sistemática brasileira. Em especial, o estabelecimento de medidas por prazo determinado; a previsão de regimes de privação de liberdade, definidos com base na pena prevista para o ilícito praticado; a invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à gravidade do fato) como referencial para a definição da reprimenda a ser aplicada e ao regime de cumprimento dela; a referência aos princípios da atualidade e da excepcionalidade como instrumentos de limitação para a aplicação da privação de liberdade;

16. A superação da problemática detectada no modelo de imposição das reprimendas socioeducativas envolve a delimitação de critérios ligados exclusivamente à conduta para a seleção da medida a ser aplicada. Se, no Direito Penal comum, a quantidade de pena aplicada serve como parâmetro para a definição da modalidade de privação de liberdade que será executada, o mesmo deve valer para o adolescente. A proposta apresentada envolve a realização de um cálculo de pena para o adolescente, por meio da reprodução do procedimento de dosimetria adotado para os adultos – a fim de que se alcance um quantitativo como resultado da conta. O resultado da operação deve ser confrontado com as disposições do art. 33 do Código Penal, que definem o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Os patamares matemáticos previstos em lei servem de *limites estritos para a definição das reprimendas juvenis*, impondo a adoção do regime menos gravoso, em vez de indicar possibilidades. Na prática, a definição desses patamares funcionaria como um filtro adicional de limitação à aplicação da reprimenda mais severa. O salto que se propõe – tornando obrigatória a imposição da modalidade menos severa quando alcançados os quantitativos definidos na lei – se justifica diante das peculiaridades do público infante-juvenil. É medida que visa a efetivar os princípios da brevidade e da excepcionalidade, na medida em que se vale de critério já existente na legislação para delimitar, mais precisamente, as condições de aplicação da privação de liberdade.

17. O exercício matemático de aplicação da pena deve se orientar pelo princípio *culpabilidade como medida da pena*, com base nos elementos do injusto em conjugação com a culpabilidade em sentido estrito (elemento do conceito estratificado do delito). São as características do ilícito penal que passam a ser preponderantes na quantificação da pena, indicando a aplicação de patamares mais ou menos elevados de sanção. A ideia de reprovabilidade não é abandonada, apenas reajustada, com a definição de critérios para sua aferição que não levam em conta o indivíduo, mas a conduta em tese praticada. A *culpabilidade fundamento* passa a servir como

critério de graduação, somente para atenuar a medida da pena dada pela carga de injusto do fato.

18. A superação da problemática evidenciada no modelo de execução das medidas socioeducativas de privação de liberdade envolve a utilização dos quantitativos definidos na LEP para progressão dos regimes penitenciários, com sua incorporação ao modelo progressivo socioeducativo, para definir as *etapas de progressão a serem seguidas*. As frações definidas na lei deverão ser aplicadas junto ao único limite temporal previsto no ECA para o cumprimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade – o prazo máximo de três anos. O resultado do cálculo realizado representará, por sua vez, um novo limite máximo de permanência na medida socioeducativa. Aqui, temos a *definição de prazo determinado, inferior a três anos*, não em razão da aplicação de um modelo de dosimetria, mas pela verificação de um *quantum* de reprimenda que deve ser cumprido para que a medida progrida. É, portanto, solução indireta, mas que, ainda assim, satisfaz a necessidade, manifestada neste estudo, de indicar patamares precisos para o cumprimento da privação de liberdade juvenil (e que levam em conta somente a natureza do delito praticado) e abandonar a exigência do atendimento a requisitos de ressocialização para restabelecer a liberdade.

19. A definição de patamares determinados para cumprimento da internação se dá, especialmente, para enfrentar a questão da privação da liberdade condicionada ao alcance de requisitos de moralização. Isso não significa uma negação da natureza pedagógica da medida socioeducativa. A diferença está na lógica que deve orientar a intervenção sobre o adolescente, limitada ao oferecimento de oportunidades – não podendo, portanto, contemplar a exigência de adesão ao programa de ressocialização. A afirmação da prevalência da finalidade pedagógica deve vir aliada à admissão de que tal finalidade também pode ser alcançada a partir de outras medidas que não a privação da liberdade.

20. A proposição apresentada é também, nesse sentido, um apelo para que o Estado enfrente todas as questões estruturais que assolam o sistema em vigor.

21. O caráter punitivo da medida socioeducativa deve ser concebido em face da gravidade da reprimenda socioeducativa e da inafastabilidade da medida. Especialmente no que se refere às modalidades de restrição (semiliberdade) e privação (internação) de liberdade, a afirmação da

dimensão punitiva não deve representar a aceitação de que a reprimenda juvenil possa ter qualquer formatação no seu modelo de aplicação e de execução.

22. A análise do cenário legislativo em torno das reformas debatidas no parlamento para o modelo penal juvenil brasileiro evidencia um direcionamento em sentido contrário do que é aqui defendido: a favor do avigoramento punitivo, da minimização das garantias individuais dos adolescentes e da ampliação das hipóteses e do prazo para encarceramento juvenil.

23. Embora o cenário no campo das propostas legislativas em trâmite não desperte otimismo, há a expectativa de que as modificações aqui idealizadas possam surtir efeito de imediato, sem que seja necessária a edição de qualquer normativa criada para prevê-las. Isso porque as propostas aqui compartilhadas se sustentam na aplicação de dispositivos já existentes no ordenamento jurídico, que incidem hodiernamente no sistema penal comum. Reconhecido o caráter penal especial do modelo socioeducativo, a incorporação e a aplicação dos postulados invocados é plenamente possível.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sirlei Fátima Tavares. **Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional**. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2017/18: o estado dos direitos humanos no mundo**. 2018. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 411-436, 2008.

BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: reflexões e perspectivas. **Boletim do IBCCRIM**, v. 28, p. 9-12, 2020.

BRANDÃO, Elen Cristina Carmo Rodrigues. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação**. Programa Justiça ao Jovem, Brasília: CNJ, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Levantamento anual Sinase 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo** – Sinase/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília – DF: CONANDA, 2006.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.197, de 2002, do Senado Federal, que “acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal” e apensados. **Relatório**. Relator: Dep. Aliel Machado. Brasília, 2017.

BRASIL é denunciado na CIDH por violência e superlotação em presídios e no sistema socioeducativo. **IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Notícias, 21 de mar. de 2017. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14193-Brasil-e-denunciado-na-CIDH-por-violencia-e-superlotacao-em-presidios-e-no-sistema-socioeducativo>.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as penas e seus fundamentos em direito penal econômico. *In*: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes. **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGHI, Adriana Padua; FRASSETTO, Flávio Américo. A noção de responsabilidade no Sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147-180, jul./ago. 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Riccardo. **Punir os jovens?** A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos de controle e figuras de perigo. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017.

CALDIERARO, Leonardo Domingos Grandi. **Dupla imputabilidade**: a alienação mental como excludente de responsabilidade infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande-RS, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Márcio Pinho de. **Execução de medidas socioeducativas**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In*: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris:2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CHAGAS, Nicholas Rogotti; AVELINE, Ricardo Strauch. O cabimento da medida socioeducativa de internação no caso do ato infracional análogo ao tráfico de drogas. **Justiça & Sociedade**, v. 4, p. 331-385, 2019.

CHILE. Ministerio de Justicia. **Ley 20084**. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Promulgação: 28 nov. 2005. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=244803>.

CHILE. Ministerio de Justicia. **Código Penal**. Promulgação: 12 nov. 1874. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>.

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria sobre los derechos de la Niñez. **Informe**: Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OAS official records. 2011.

CIFALI, Ana Claudia. **As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil:** atores, racionalidades e representações sociais. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, PUCRS. 2019.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 1, n. 2, 2014, p. 100-121.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos?** A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: IBCCRIM, 2018

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

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil:** como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, Ana Paula Motta. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v.2, n. 24, p. 41-61, 2013.

COSTA, Ana Paula Motta; EILBERG, Daniela Dora. Embates do ordenamento jurídico brasileiro com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise sobre as violações na esfera da Justiça Juvenil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 325-363, 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:** ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livredocência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo. 2013.

CRIVELI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil.** Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVUM, 2016.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.** 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DONATO, Giancarlo Fontoura. **Sentença penal juvenil:** em busca da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** 8.ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.

DÜNKEL, Frieder, Youth Justice in Germany. *In:* **Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice.** Oxford Academic, 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/edited-volume/41333/chapter/352358437> Acesso em: 1 fev. 2023.

ESPAÑA. Jefatura del Estado. **Ley Orgánica 5/2000**, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 79-89., jan./mar. 2003.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de. Colombia, 1999

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (org.) O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2.ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

FIM da superlotação na socioeducação marcou atuação da Defensoria em prol da Infância e Juventude em 2020. **Assessoria de Comunicação da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo**, jan. 2021. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=47069>. Acesso em: 1 jun. 2022.

FONAJUV – Fórum Nacional da Justiça Juvenil. Nota de esclarecimento. **Abraminj**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br/noticia.php?id=2434>. Acesso em: 16 fev. 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do STJ. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 167-191, 2002.

FRASSETO, Flávio Américo. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade. **Juizado da Infância e da Juventude do TJRS**, Porto Alegre, v.1, 2003. p. 23.

GARCIA MENDEZ, Emilio. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *In: Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*. v. 8. 2013.

GATTI, Uberto; VERDE, Alfredo. Juvenile Justice in Italy. *In: Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. Oxford Academic. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.013.66>.

GIBSON-MORGAN, Elizabeth. The Handling of Youth Offending in England and in France. *In: Les Politiques de La Jeunesse au Royaume-Uni et en France*. Pris: Presses Sorbonne Nouvelle. 2012. Disponível em: <https://books.openedition.org/psn/6852>.

GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. (orgs.) **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. 2015. Disponível em: www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf. Acesso em: 16 fev. 2019.

ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada: Norteamérica. 2015. Disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3281>. Acesso em: 30 nov. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Trad. Fernando de Moura. São Paulo: Saraiva. 1938.

LIBERATI, Wilson Donizetti. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizetti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33., jan./abr. 2001.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

MACHADO, Marta de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estado da Criança e do Adolescente. *In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e*

responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. **Revista da Defensoria Pública**, Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 2. p. 19-35, 2013.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p.58-91, jan./mar. 1999.

MOCCIA, Sergio. **La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale**. 2.ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997

MORA SÁNCHEZ, Ana María. **La medida de internamiento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución**. Alternativas. Tese (Doutorado) – Universidad de Granada/Espanha, 2012.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NUNES, Flávia Margarida Fontes Urriça. **A medida tutelar de internamento: reflexões críticas**. Tese (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto/ Portugal, 2012.

OLIVEIRA, Ana Maria Assis de. **Manual da defesa em ato infracional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do ius puniendi estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-89, set./dez. 2000.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. Herson Pereira dos Santo. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. *In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.)*. **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei nº 166, de 14 de setembro de 1999. **Lei Tutelar Educativa** (versão actualizada). 1999. Disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis. Acesso em: 1 jun. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMIDOFF, Henrique Munhoz Bürgel; RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Socioeducativo: responsabilização diferenciada de adolescente**. 1.ed. Califórnia (EUA): Independently Published (AmazonKindle), 2019.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **El Derecho Penal del Niño-Adolescente**. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal Comentado**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e *o ius puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3.ed. Florianópolis: Ematis, 2022.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069/90 – comentado artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. I. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Mariana Chies Santiago; CIFALI, Ana Claudia. As disputas na construção de uma justiça especializada. **Boletim do IBCCRIM**, v. 28, p. 7-9, 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 4.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARKIS, Jamilla Monteiro; SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade na nova redação do artigo 75 do Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 15, p. 61-72, 2020.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado democrático**. 1.ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

SOARES, Helena Frade. **Juventudes perdidas: medida socioeducativa de internação como fator criminógeno e ambiente propenso à reincidência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). **Justiça, adolescente e ato**

infração: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. **Entre leis, práticas e discursos:** justiça juvenil e recrudescimento penal. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SERRANO JÚNIOR, Odoné; BASSO, Stephan Nascimento. Fundamentos da pena. *In:* BUSATO, Paulo Cesar (coord.); CARUNCHO, Alexey Choi (org.). **Teoria da pena.** Curitiba: Juruá, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

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

SIEGEL, Larry J. **Criminology,** Ninth Edition. Thomsom Reuters. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. A seletividade do direito penal e a teoria da co-culpabilidade *In:* BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). **Limites ao poder punitivo:** diálogos na ciência penal contemporânea. 1.ed. Belo Horizonte: D. Plácido, 2016, p. 589-606.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O aumento do prazo máximo para cumprimento da medida socioeducativa de internação nos debates parlamentares: análise e discussão do Projeto de Lei 7.197, de 2002. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 27, p. 325-363, 2019.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação e sua incompatibilidade com o sistema garantista. **II Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais,** 2018, São Paulo. Anais do II Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRIM). São Paulo: IBCCRIM, 2018.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. **Emergência penal e garantias do Estado Constitucional de Direito:** estudo sobre uma insuperável contradição a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro: notas sobre a formatação de um modelo justificacionista democrático. **III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais,** 2019, São Paulo. Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2019. v. 3. p. 128-157.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O sistema socioeducativo brasileiro e o garantismo de Ferrajoli: uma análise de compatibilidade. **Boletim IBCCRIM,** v. 293, p. 16-18, 2017.

SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Internação de Adolescentes pela Lente dos Tribunais. **Revista Direito GV,** v. 13, p. 45-75, 2011.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

STF: IBCCRIM fará sustentação oral em ação sobre superlotação de unidades socioeducativas; organizações lançam nota em apoio a HC no Supremo. **IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Notícias, 12 de ago. de 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/980/stf-ibccrim-fara-sustentacao-oral-em-acao-sobre-superlotacao-de-unidades-socioeducativas-organizacoes-lancam-nota-em-apoio-a-hc-no-supremo>.

STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 5, p. 115-138, 2020

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TERRA, Ana Marcela da Silva. **Aumento do tempo de internação de adolescentes em conflito com a lei**: solução para que(m)? Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

VOLPI, Mário. **Adolescentes privados de liberdade**: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal. 6.ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2014.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. 10.ed. São Paulo: Cortez, 2019.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; CARVALHO, Salo de. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 461-479, 2012

XAVIER, Marília de Araújo Barros. **Direito sancionador**: estudos no direito tributário. 2018. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v.1.