



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

LETÍCIA LEBEDEFF ROCHA MOTA

**ECA E RHC 73121:
O ESTIGMA SE SOBREPÕE AOS DIREITOS DA JUVENTUDE**

**Brasília
2017**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**ECA E RHC 73121:
O ESTIGMA SE SOBREPÕE AOS DIREITOS DA JUVENTUDE**

Autora: Letícia Lebedeff Rocha Mota
Orientadora: Profa. Dra. Débora Diniz

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do grau de bacharela em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LETÍCIA LEBEDEFF ROCHA MOTA

**ECA E RHC 73121:
O ESTIGMA SE SOBREPÕE AOS DIREITOS DA JUVENTUDE**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharela em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Débora Diniz
(Orientadora – Presidente)

Profa. Dra. Elisa Walleska Kruger Alves
(Membra)

DPDF. Márcio Pinho de Carvalho
(Membro)

Profa. Mestra Sinara Gumieri Vieira
(Suplente)

A Flor e a Náusea

Preso à minha classe e a algumas roupas,
Vou de branco pela rua cinzenta.
Melancolias, mercadorias espreitam-me.
Devo seguir até o enjôo?
Posso, sem armas, revoltar-me'?

Olhos sujos no relógio da torre:
Não, o tempo não chegou de completa justiça.
O tempo é ainda de fezes, maus poemas,
alucinações e espera.
O tempo pobre, o poeta pobre
fundem-se no mesmo impasse.

Em vão me tento explicar, os muros são surdos.

Sob a pele das palavras há cifras e códigos.
O sol consola os doentes e não os renova.
As coisas. Que tristes são as coisas,
consideradas sem ênfase.

Vomitam esse tédio sobre a cidade.
Quarenta anos e nenhum problema
resolvido, sequer colocado.
Nenhuma carta escrita nem recebida.
Todos os homens voltam para casa.
Estão menos livres mas levam jornais
e soletram o mundo, sabendo que o perdem.

Crimes da terra, como perdoá-los?
Tomei parte em muitos, outros escondi.
Alguns achei belos, foram publicados.
Crimes suaves, que ajudam a viver.
Ração diária de erro, distribuída em casa.
Os ferozes padeiros do mal.
Os ferozes leiteiros do mal.

Pôr fogo em tudo, inclusive em mim.
Ao menino de 1918 chamavam anarquista.
Porém meu ódio é o melhor de mim.
Com ele me salvo
e dou a poucos uma esperança mínima.

Uma flor nasceu na rua!
Passem de longe, bondes, ônibus, rio de aço do tráfego.
Uma flor ainda desbotada
ilude a polícia, rompe o asfalto.
Façam completo silêncio,
paralisem os negócios,
garanto que uma flor nasceu.

Sua cor não se percebe.
Suas pétalas não se abrem.
Seu nome não está nos livros.
É feia. Mas é realmente uma flor.

Sento-me no chão da capital do país às cinco horas da tarde
e lentamente passo a mão nessa forma insegura.
Do lado das montanhas, nuvens maciças avolumam-se.
Pequenos pontos brancos movem-se no mar, galinhas em pânico.
É feia. Mas é uma flor. Furou o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio.
(Carlos Drummond de Andrade)

Dedicatória

Dedico este trabalho de conclusão do curso de Direito à minha avó Alda Mota, quem tanto sonhou com essa graduação e que esperava ser, um dia, colega de profissão. O tempo não nos permitiu compartilhar tal experiência, mas nos proporcionou um longo período de convivência ao qual pra sempre serei extremamente grata. Ausência física que não faz silêncio, mas me guia como exemplo de força e determinação. Com Direito Penal, paixão em comum, encerro este ciclo para iniciar o profissional, juntas em pensamento.

Agradecimentos

Encerrar ciclos para que se possa iniciar outros. Com este trabalho encerro o ciclo universitário no qual estou há 05 anos e meio. São muitos os agradecimentos. Durante minha trajetória pela universidade passei por diversos momentos, alguns de angústia, outros de extrema felicidade. Agradeço à minha turma, 104, pelo companheirismo vivido por todos esses anos e por ter compartilhado, desde trabalhos e provas antigas, até os melhores momentos de uma passagem pela universidade. Aos amigos do Badalo por ter tornado a UnB mais divertida e, em alguns momentos, até mais convidativa. À AJUP Roberto Lyra Filho por todos os aprendizados proporcionados e, especialmente, ao professor José Geraldo de Sousa Junior pela orientação durante esse período. À minha orientadora na monografia, Débora Diniz, que além de ser uma grande inspiração, aceitou me acompanhar nesse momento de tanta tensão, desempenhando impecável papel como orientadora e, mesmo de longe, se fazendo sempre presente. Ao gabinete da Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas do DF, bem como ao Núcleo de Execução de Medidas Socioeducativas do DF e à Defensoria Pública da União, gabinete do Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, por todos os ensinamentos nesses anos de estágio e colaboração. Com vocês aprendi e vivi muito mais que o ambiente profissional do Direito. Aos demais amigos que me acompanharam de perto, pelos incentivos para sempre ir além, doces, viagens e cachoeiras que me ajudaram a manter a calma nessa reta final. À minha família, por ter me proporcionado todas as condições para que eu chegasse até aqui, sempre acompanhando minhas decisões e me dando força, ainda que nem sempre de acordo.

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo o estudo sobre a contrariedade entre as garantias fundamentais e direitos individuais previstos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente frente ao julgamento do RHC 73121 MS 2016/0179118-6, evidenciada quando autorizada a utilização de passagem pelo sistema socioeducativo como recidiva penal para justificar a necessidade de prisão preventiva. Ademais, busca chamar a atenção ao não cumprimento das garantias expressas na legislação por omissão do Estado e, após a produção do resultado de continuidade do adolescente no contexto infracional-criminal, a atribuição do ônus da recidiva, por meio do poder judiciário, o que configura *bis in idem*. Nesse sentido, o trabalho apresenta estigmatização do adolescente em conflito com a lei e seu ingresso no sistema penal mesmo ausentes os requisitos autorizadores que, junto com as teorias de direito penal do inimigo e etiquetamento social, revelam o estado de direito penal máximo no qual o Brasil está inserido.

Palavras-chaves: ato infracional; medida socioeducativa; recidiva penal; RHC 73.121; estigmatização

Abstract

This research aims to study the contradiction between fundamental guarantees and individual rights provided by the Federal Constitution and the Children and Adolescents Law against the RHC 73121 MS 2016/01799118-6 trial, which emphasized the authorization to use the “offender background” as criminal recidivism in order to justify the necessity of the remand prison. Furthermore, it pretends to draw attention to the noncompliance of those constitutional guarantees by state omission and, after the youth entrance on the penal system, the allocation of criminal recidivism to them through the judiciary, which means a *bis in idem* effect. Therefore, this monograph presents the stigmatization of the adolescents in conflict with the law and their start on the criminal system although absent all the law exigencies, which, along with the Law of the Enemy and Labelling Approach theories, exhibit the maximization of criminal law in Brazil.

Keywords: offender background; social and educational measures; penal recidivism, RHC 73121; stigmatization.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	11
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A <i>FAUTE DU SERVICE</i>	22
O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO INFRACIONAL E DIREITO PENAL: PARTES DE UM MESMO RAMO DO DIREITO?	27
MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO RECIDIVA PENAL	34
MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: LEI E ORDEM, GUERRA AO CRIME E ETIQUETAMENTO SOCIAL	45
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
BIBLIOGRAFIA	59

Introdução

Trata-se de análise crítica sobre a estigmatização penal e social do adolescente autor de ato infracional como alguém submetido ao sistema penal, a partir do julgamento do RHC 73121 MS 2016/0179118-6. A presente pesquisa busca trazer à luz a diferença entre o sistema de responsabilização infracional e o penal, pontuando a omissão do Estado na proteção do adolescente e as consequências da utilização da medida socioeducativa para fins de recidiva penal.

No julgamento, o réu no processo, assistido da Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, tão logo pego em flagrante teve sua prisão convertida em preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, ainda que ausentes todos os requisitos autorizadores da medida extrema e de exceção.

Nesse contexto, evidencia-se a utilização da única passagem socioeducativa constante em sua ficha para subsidiar a necessidade do acautelamento. A partir daí serão identificados outros fatores que podem ter contribuído para o convencimento do julgador, encaminhando o trabalho a uma crítica do estado de Direito Penal Máximo e seus movimentos, relacionando-os ao caso concreto em análise.

Assim, o trabalho pretende responder à pergunta: O que justificou o convencimento do julgador para decretar a prisão preventiva no caso do RHC 73.121 MS que possa fundar a contradição com o ECA e a CF?

A pesquisa foi realizada a partir da revisão bibliográfica sobre os diferentes sistemas, penal e de responsabilização infracional, bem como do direito penal máximo e seus movimentos associados, análise das decisões judiciais no processo e revisão legislativa e bibliográfica sobre a proteção ao adolescente por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal e leis afins.

Proteção à criança e ao adolescente

Ao pontuar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, destacam-se aqueles voltados à dignidade da pessoa humana e à proteção da criança e do adolescente. Dentre estes, o texto constitucional se preocupou em estabelecer deveres e responsabilidades para o Estado, a fim de garantir sua efetividade.

Já desde o início, a Constituição destaca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, III. Como objetivo fundamental, enuncia “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, art. 3º, III. E segue ressaltando como seu princípio internacional “a prevalência dos direitos humanos”, art. 4º, II.

Estabelece como direito social, em seu art. 6º, dentre outros, o direito à educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança e à infância, como medida de garantia de um patamar mínimo de dignidade. Ao que estabelece como competente a União, estados e Distrito Federal para legislar sobre as formas de proteção à infância e à juventude, art. 24, XV, bem como firma a educação como dever do Estado, art. 205, *caput*.

Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.¹ (PIOVESAN, 2015.p.93-95)

Já no capítulo referente à “família, criança, adolescente, jovem e idoso”, o art. 227 reafirma o dever do Estado, em solidariedade com a família e a sociedade, em “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”,

¹PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 15 ed. Revista e atualizada- São Paulo: Saraiva, 2015. Pp. 93- 95

destacando que a eles deve ser dada proteção especial em respeito à sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, art. 227, §3º, V.

E reconhece tais direitos como fundamentais e essenciais a serem garantidos, por ter em vista o desenvolvimento social e a erradicação da pobreza, porque a manutenção de um Estado despreocupado em proteger os direitos básicos "elimina ou limita as possibilidades concretas de realização pessoal das vítimas em qualquer esfera da vida" ²

Quanto aos tratados internacionais regidos pela prevalência dos direitos humanos, o país é signatário das Regras Mínimas de Pequim, Pacto São José da Costa Rica e Tratado da ONU de Direitos Humanos para as crianças, os quais estabelecem medidas mínimas de dignidade e proteção aquele que ainda está em condição de desenvolvimento e formação de caráter e personalidade:

Regras mínimas de Pequim:³

1.2. Os Estados membros esforçar-se-ão por criar condições que assegurem ao menor uma vida útil na comunidade fomentando, durante o período de vida em que o menor se encontre mais exposto a um comportamento desviante, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação afastado tanto quanto possível de qualquer contato com a criminalidade e a delinquência.

Pacto São José da Costa Rica(decreto nº 678, 06/11/1992):⁴

ARTIGO 11

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

ARTIGO 19

Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a **sua condição de menor** requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Convenção para o direito das crianças ONU:⁵

Artigo 18

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho

² SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3 edição - Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 50.

³ BRASIL. Regras Mínimas de Pequim. Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985.

⁴ BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto São José da Costa Rica (1992). Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁵ BRASIL. Convenção sobre os direitos da criança (1990). Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Brasília, DF, Senado, 1990.

de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

Artigo 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Artigo 33

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

Todas essas são medidas preventivas, de cuidado anterior ao envolvimento no contexto infracional e às quais o Estado tem o dever de prover e cuidar para que sejam asseguradas as garantias estabelecidas normativamente, bem como fiscalizar o cumprimento dos deveres atribuídos à família e à sociedade, como medida de diminuição das condições de privação material e de direitos que precarizam as condições de 'vida digna' dentro do modelo de Estado capitalista⁶.

Vale destacar que o contexto histórico e político no qual foi promulgada a Carta Cidadã era de restabelecimento de direitos e ampliação da proteção aos direitos fundamentais mínimos, porque o país vivia a transição entre um período de exceção e a concepção da República Federativa pautada em um Estado Democrático de Direitos fundado em direitos sociais e individuais.

Assim, a constituinte, inspirada em acordos internacionais, declarou os direitos fundamentais como de responsabilidade do Estado, para que fosse garantido o patamar mínimo de dignidade ao cidadão, porque fundamento da República. Trata-se, então, de responsabilidade civil do Estado vez que se não cumpridos os deveres previstos na Carta Magna, como apregoado nos acordos internacionais, em relação à criança e ao adolescente, abre-se a possibilidade de envolvimento com atos infracionais, o que gera, além de dano individual à pessoa em condição de desenvolvimento, também à sociedade de maneira geral.

Importante para a contextualização do presente trabalho é que a realidade sobre a qual está se referindo é a do adolescente marginalizado, em situação de pobreza, e aqueles que possuem importantes e essenciais direitos sociais omissos pelo Poder Público, inclusive criminalizados pelos órgãos de proteção social do Estado. Portanto, para discorrer sobre ato infracional e justiça para adolescentes, deve-se ter em mente o grau de

⁶ Santos, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3 edição - Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. pp. 50-51.

violação de direitos e invisibilidade em que vivem⁷.

São, portanto, adolescentes com seus direitos sociais violados, vivendo na condição de baixa escolaridade, de trabalho infantil, de exploração sexual comercial, envolvidos com drogas ou atos de violência. Adolescentes que, muitas vezes, vivenciam a fragilidade de vínculos familiares e sofrem tensões no meio social para pertencer a gangues, ou grupos identificados com o tráfico. O estigma social sobre eles impede que possam ser vistos(as) como pessoas e, especialmente, que sejam compreendidos a partir de suas peculiaridades. Tal situação caracteriza a vida e o cotidiano de um contingente significativo de adolescentes brasileiros, que, ao contrário de terem garantidos seus direitos e a possibilidade de desenvolvimento adequado para a passagem sem maiores percalços à fase adulta, seja por parte da família, do Estado, ou da sociedade em geral, vivem realidades de negações, discriminações, atropelos ao seu desenvolvimento e violações. ⁸ (GARRIDO DE PAULA, 2006. P.27)

O antigo Código de Menores,⁹ inclusive, igualava a criança e o adolescente privado de um patamar de dignidade mínimo ao autor de infração, reconhecendo assim em sua vulnerabilidade social a situação de “quase-delito” ao criar uma correlação entre ambas as situações. Cabia, por conseguinte, ao julgador a distinção das situações que envolviam o adolescente para ponderar qual a melhor medida a ser aplicada para cessar a ‘situação irregular’.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em **situação irregular** o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

⁷ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato Infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006. P.27

⁸ COSTA, Ana Paula Motta. A adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violência. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 201 2 (6): 123-161. P. 138.

⁹ BRASIL. Código de Menores (1979). Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Brasília, DF, Senado, 1979.

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI - autor de infração penal.

Ao que se faz essencial a análise relativa aos paradigmas de tratamento dos adolescentes e crianças brasileiros. Dispensada a contextualização histórica da política para a criança e adolescente, importante partir para a diferença entre os paradigmas da chamada “Situação Irregular” pelo artigo 2º do Código de Menores e da “Proteção Integral”, artigo 1º do ECA,¹⁰ a fim de pontuar e destacar a mudança de tratamento postulada no Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente à garantia e formas de proteção de seus direitos fundamentais e processuais.

1.1 A mudança de paradigma entre o Estatuto dos Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Em primeiro e o mais importante, o estudo do cometimento de atos infracionais ultrapassa o caráter formal do tipo infracional e a adequação à penalidade, fazendo-se de total importância a compreensão do estágio de desenvolvimento em que se encontra o infrator.¹¹ Depois, a nomenclatura “menor” e sua designação para todo adolescente que se encontre em situação irregular, conforme o art. 2º do Código de Menores. “Fundado sob a ideologia tutelar, cumpriu a função de ocultar a carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, utilizando-se dos conceitos de situação irregular e abandono material e moral, admitindo-se assim uma indiscriminada intervenção judicial”¹²

Por se tratar de um grupo de crianças e adolescentes marcados por sua vulnerabilidade e marginalização social e pelas diversas omissões de direitos pelo Estado, o termo carrega consigo uma carga histórica de discriminação e envolvimento “criminal”, estigmatizando os adolescentes negros e pobres que estão pela rua.

¹⁰ MENDEZ, Emilio García. Evolução histórica do direito da infância. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional

¹¹ Santos, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3 edição - Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008

¹² SPOSATO, Karyna Batista. Elementos para uma teoria de responsabilidade penal de adolescentes. Programa de pós-graduação em Direito. Universidade da Bahia. Salvador, 2011. p. 126.

Esse é o estigma social atribuído ao termo “menor” e que o ECA buscou afastar quando utilizou a nomenclatura “criança e adolescente”, erradicando do texto todas as formas de discriminação, atribuindo-lhes a garantia da proteção integral (princípio fundante do diploma legal) e tornando-os sujeitos de direitos:¹³

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral à criança e ao adolescente**.

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.

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

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei **aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação** de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra **condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem**. (Grifos da autora)

Assim, o Estatuto alterou a estigmatização legal do adolescente infrator do ponto de vista sociológico, aquele que vivia em alguma das hipóteses da “Situação Irregular” para torná-los sujeito de direitos, prevendo proteção integral e estabelecendo medidas socioeducativas de privação de liberdade somente para os comportamentos expressamente conflitantes com a lei, obedecido o princípio da excepcionalidade, que também inaugura.

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”.¹⁴ (CURY, 2002. p.21)

¹³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Senado, 1990.

¹⁴ CURY; Garrido; Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São

ECA. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

A instituição da “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” assegura um tratamento diferenciado ao adolescente, não somente em relação à proteção e à primazia na efetivação dos direitos, art. 4º, ECA, mas também quanto ao envolvimento em atos que conflitam com a lei penal, bem como para a valoração de seu comportamento perante a sociedade e aos órgãos da Justiça.

Segundo o ECA, a infração não é mais de cunho criminal, mas se trata de ato infracional inserido em um sistema de responsabilização que, ainda que a conduta utilize a tipificação do Código Penal, as circunstâncias de análise da individualização do agente, bem como da aplicação da penalidade e sua revisão periódica são diferentes, pois, justamente, levam em conta a condição de pessoa em desenvolvimento e em formação de caráter.

Ademais, em complemento ao artigo 112 do ECA acerca das medidas socioeducativas, foi criado o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE -, com objetivo de regulamentar a execução das medidas socioeducativas, alinhadas com o novo paradigma da Proteção Integral.¹⁵ Nesse sentido, as medidas deixam de ser "judiciais" porque cometida "infração penal", artigo 99 do Código, para serem medidas "socioeducativas" porque cometido "ato infracional".

Sobre o procedimento de responsabilização do adolescente, o SINASE destaca que não se trata da mesma penalidade aplicada na seara penal ao firmar que o estabelecimento para cumprimento da medida não pode ser o mesmo ou estar próximo a estabelecimento penal e que o tempo de privação de liberdade do jovem não pode ser superior a 3 anos, com reavaliação a cada 6 meses. Diferentemente, o Código de Menores, ao ser omissivo, permitia o cumprimento das medidas judiciais em presídios para maiores e pontuava que a revisão do tempo de cumprimento ocorreria em no máximo 2 anos,

Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

¹⁵ BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (2012). Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Brasília, DF, Senado, 1998.

havendo possibilidade de manutenção do tempo de privação, art. 41, §1º, do Código por tempo indefinido.

Importante destacar que dentre as inovações do ECA e em consonância com os diplomas internacionais, são princípios da medida socioeducativa a brevidade e a excepcionalidade da internação, vez que a regra é a liberdade, art. 121, bem como a ampla defesa, o contraditório e a presença da Defensoria Pública. O Sistema de Responsabilização Adolescente somente importou do Direito Penal as garantias processuais, atribuindo maior autonomia e justiça na apuração da culpabilidade do agente de ato infracional e prevendo, desde o início a paridade de armas no processo, artigos 94 e seguintes do Código de Menores em contraponto aos artigos 141 e seguintes do ECA c/c 49 e seguintes do SINASE.

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

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

II - **excepcionalidade** da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - **brevidade da medida** em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - **mínima intervenção**, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - 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

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (Grifos da autora)

O ECA também inovou, em seu artigo 70, acerca da responsabilidade do Estado em garantir os direitos previstos pela Constituição Federal. Enquanto o Código de Menores dizia em “falta, ação ou omissão dos pais ou responsável” (art. 2º, I, “a”), não tratando do Estado e sua necessária atuação para garantia, ao menos institucional e legal, dos direitos fundamentais, o ECA e a CF apontam expressamente o dever do Estado em prover e fiscalizar

o provimento, inclusive distribuindo competências e prevendo sanções em caso de descumprimento.

Além da nova nomenclatura buscar amenizar o estigma do “menor”, o ECA foi pensado com um novo olhar sobre aquele que comete ato infracional, voltado ao entendimento e aceitação da condição peculiar a fim de que haja mobilização para a proteção do adolescente, em solidariedade do Estado com a sociedade e a família.

A proteção prevista pelo Estatuto vem acompanhada de diversas medidas de recuperação com a finalidade de uma emancipação em relação à prática infracional. Assim, nos estabelecimentos de atendimento em meio aberto e de acautelamento, são apresentadas novas oportunidades distantes do meio infracional. Porém, a ideia de emancipação a partir da recuperação vem em contrapartida das necessidades primárias de proteção e garantia de direitos como medida de justiça. A tutela do ECA é, ou deveria ser, anterior ao envolvimento infracional a partir da efetivação de direitos sociais essenciais.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

- I - políticas sociais básicas;
- II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem
- III - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;
- IV - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- V - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- VI - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.
- VII - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;
- VIII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Na prática, no entanto, o que se observa é a coexistência dos

dois paradigmas apresentados. O da proteção integral no discurso daqueles que atuam na proteção da criança e do adolescente, bem como nos textos legais e diplomas internacionais, e o da situação irregular ainda no imaginário da sociedade, nestes incluídos os atores judiciais, Ministério Público e Poder Judiciário.¹⁶ A estigmatização do adolescente em conflito com a lei dentro da perspectiva do “menor” é tamanha que a distinção entre crime e ato infracional muitas vezes não ocorre ou encontra resistência no subjetivo de cada um, o que evidencia a dificuldade de aplicação do ECA.¹⁷

"Talvez nada caracterize melhor os problemas atuais do “Estatuto da Criança e do adolescente” (ECA) que aquilo que se poderia denominar sua dupla crise, de implementação e de interpretação. Em todo o caso, se a primeira crise remete ao reiterado déficit de financiamento das políticas sociais básicas, a segunda é de natureza político-cultural.”¹⁸

Assim, ainda que o legislador tenha tentado alterar o tratamento aos adolescentes e instituído o ECA como guia e parâmetro das proteções constitucionais e garantismo processual, para aqueles que o interpretam e aplicam, o “menorismo” ainda não foi ultrapassado para a aceitação como sujeito de direitos e em condição peculiar de desenvolvimento, desvinculando-o da ideia de cometimento de crime.

¹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais. Editora Lumen Juris, 2007.p. 13

¹⁷ MENDEZ, Emilio Garcia. Evolução histórica do direito da infância. In: Justiça, Adolescente e Ato infracional, 2006. Pp.15.

¹⁸MENDEZ, Emílio Garcia. *Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa.* Acesso em 05/06/17.
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adolescente_em_conflito_com_a_lei/doutr

Responsabilidade civil do Estado: a *faute du service*

Em linhas gerais, faz-se importante pontuar que, apesar de a decisão ser em um processo penal e a discussão acerca do direito infracional, a responsabilidade tratada neste trabalho é de natureza civil, porque a esfera de violação de direitos a qual está centrada a análise é de normas de direito civil, qual seja, a omissão da atuação Estatal, em flagrante contrariedade às normas jurídicas para garantir a efetividade dos direitos previstos em legislações civis, Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente. Dito isto, passa-se a identificação do que é a responsabilidade civil.

O fato gerador da responsabilidade varia de acordo com a natureza da norma jurídica que o contempla. Essa variação é que propicia tipos diversos de responsabilidade ou, em outras palavras, a diversidade da norma corresponde à diversidade dos tipos de responsabilidade.

Temos, então, que se a norma em natureza penal, a consumação do fato gerador provoca responsabilidade penal; se a norma é de direito civil, teremos a responsabilidade civil; e, finalmente, se o fato estiver previsto em norma administrativa, dar-se-á a responsabilidade administrativa. (FILHO, 2016.p. 705)

Em relação à responsabilidade civil dentro do Código Civil, destaca-se o Título IX – Da responsabilidade civil, Capítulo I, do Código Civil, onde está o artigo 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” e, separadamente, os artigos 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” e art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” que complementam a ideia de responsabilidade civil com o ato ilícito e a obrigação de indenizar.

JOSÉ FILHO conceitua a responsabilidade civil como “aquela que decorre da existência de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado”,¹⁹ e destaca que a regra do Código Civil referente a esta responsabilidade, o art. 186, é abrangente por

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo . 30ª edição. São Paulo Ed. Atlas, 2016.p.372

tratar tanto da responsabilidade contratual quanto da extracontratual (na qual se encontra a responsabilidade civil do Estado, da qual tratar-se-á).

Assim, tem-se que a responsabilidade civil pressupõe a ocorrência de um dano mediante prática de um ato ilícito dentro da esfera do direito privado. Tal ato ilícito, segundo BITTAR,²⁰ se refere não só ao ato comissivo, mas também ao omissivo, quando contrários à ordem jurídica. E completa DINIZ ao afirmar que é ilícito todo ato “que viola direito subjetivo individual causando prejuízo”.²¹

Na esfera de responsabilização civil extracontratual do Estado, aquela que não está vinculada a contratos formais realizados entre o Estado e particulares, as mesmas normas da responsabilização civil são utilizadas. Portanto, há responsabilização civil do Estado quando este causa prejuízo a particular em ato ilícito comissivo ou omissivo, patrimonial ou exclusivamente moral.

Dentre as tantas teorias de responsabilidade do Estado, destaca-se a corrente publicista da *responsabilité de la puissance publique* (responsabilidade do poder público, em uma tradução livre), definida por DUEZ como modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado em sentido amplo, ou seja, suas instituições e órgãos da atividade legislativa, política e jurisdicional. Para ele o Estado se apresenta como uma grande empresa incumbida de gerar satisfação, através dos meios apropriados, às necessidades de interesse geral da sociedade, portanto, é ele quem responde por suas ‘faltas’.²²

Levando em consideração que o Estado existe para prover os serviços de interesse geral da sociedade definidos em leis, como ensina BENOIT,²³ a falta ou má execução destes serviços, que ao serem definidos em lei passam também a ser direitos, é de responsabilidade do Estado. A principal característica dessa corrente teórica, *responsabilité pour la faute du service*, é

²⁰ Teoria geral do direito civil / Carlos Alberto Bittar ; revisão técnica: Eduardo Carlos Bianca Bittar. -- Imprensa: Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Editora Saraiva. 5. Edição, São Paulo, SP, 1995

²² DUEZ, P.; DEBEYRE, G. Traité de droit administratif. Paris: Dalloz, 1952.

²³ BENOIT, Francis-Paul. Le droit administrative français. Paris: Dalloz, 1968.p.675 “L’Administration n’existe en effet que pour rendre des services, et, qui plus est, la nature de ces services et la manière dont elle doit les assurer sont définis par des lois et règlements”

estar centrada na culpa do serviço, à qual não interessa encontrar e responsabilizar um agente público em específico, mas ao identificar a falha em sua execução, apurar a responsabilidade pela falha em si mesma²⁴, enquanto as teorias civilistas de responsabilidade centram-se na *faute personelle*, culpa pessoal.

A *faute personelle* é aquela cometida por um agente público e à qual o autor pode ser identificado e responsabilizado pessoalmente. Já quanto à *faute du service*, não há como identificar o agente responsável pelo cometimento do dano, mas sabe-se que se trata de erro da administração pública pelo mau funcionamento de um serviço público, omissão na prestação de algum serviço, ou demora excessiva para sua execução²⁵. É esta segunda que será utilizada como fundamento do presente trabalho.

7.1 Responsabilidade civil do Estado pela *faute du service*

Importante destacar a natureza da responsabilização do Estado pela *faute du service* quanto à objetividade ou subjetividade de sua atribuição. Num primeiro caso tem-se a responsabilização pela ilegalidade do ato cometido pelo poder público, seja por violação de coisa julgada, de lei, por abuso de poder ou incompetência *ratione materiae* da Administração Pública para agir.²⁶ Para tais circunstâncias, a atribuição de responsabilidade é objetiva, porque independe da demonstração de culpa por parte do autor do dano, vez que há flagrante violação de uma imposição jurídica aplicável a todos, seja ela proveniente de lei ou de precedentes jurisprudenciais.

O segundo caso se refere à atuação negligente, omissiva, errônea ou excessivamente demorada da Administração quanto à prestação dos serviços públicos previstos em leis. Para tais hipóteses a responsabilização não é automática e prescinde da análise do caso concreto, a depender de circunstâncias de tempo (se tempos normais ou de exceção, por exemplo), lugar, recursos e participação da vítima para a ocorrência do dano (se a

²⁴ MEIRELLES, H. L. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781.

²⁵ LAUBADÈRE, A. D.; VENEZIA, J.-C.; GAUDENAT, Y. **Droit Administratif**. 17ª. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002. pp. 148-149.

²⁶ DUEZ, P.; DEBEYRE, G. **Traité de droit administratif**. Paris: Dalloz, 1952. pp. 23-27

vítima é um terceiro à administração ou se é parte do corpo do Estado, em seu sentido amplo).

Trata-se, portanto, de modalidade de responsabilidade subjetiva, ainda que o ônus da prova seja do Estado. Assim, uma vez identificado algum dos critérios passíveis de sua responsabilização, cabe a este desonerar-se da culpa, demonstrando que a ocorrência do dano não se deu por negligência, imperícia ou imprudência na execução do serviço público.

Relevante para o contexto do presente trabalho é que a teoria da *faute du service* introduziu a responsabilidade pela omissão na prestação de um serviço público, permitindo a responsabilização do Estado sempre que deixar de prestar um serviço que antes havia garantido mediante lei ou outro meio jurisdicional, ou ainda quando o serviço apresentar mau funcionamento ou for executado com excessiva demora em sua prestação.

Assim, haverá responsabilidade civil do Estado sempre que uma lei determinar a prestação de um serviço ou uma atuação estatal e esta não for desempenhada ou for mal desempenhada de forma a gerar um dano para os particulares (sociedade), vez que falhou com o dever expresso de cumprir com sua obrigação, ainda que considerada extracontratual.

Importante ressaltar que a Constituição e, posteriormente, o ECA, instituíram diversas obrigações para o Estado. Primeiro na garantia dos direitos sociais e na fiscalização do cumprimento destes. Depois, instituindo políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente, dando-lhes primazia no atendimento de suas necessidades básicas a fim de garantir o patamar de dignidade mínimo. Ainda, o Estatuto inovou ao responsabilizar o Estado, em solidariedade com a família e a sociedade, pelos direitos da juventude.

Na sequência, destaca-se que Estado é toda a Administração Pública, incluindo os Poderes Legislativo e Judiciário, além dos órgãos executivos. Neste sentido, incumbe responsabilidade estatal a edição e criação de leis em proteção dos jovens e crianças, mas, em igual medida, há responsabilização pela atuação da justiça para garantir o interesse e os direitos da infância e juventude.

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, os direitos firmados

pela Constituição não vêm sendo garantidos pelo Estado, ou, quando o são, sua execução é lenta e precária. Portanto, no tocante à não concretização dos direitos sociais atinentes aos jovens, já há que se falar em responsabilidade do Poder Executivo pela *faute du service*. Em avançando, como depreendido da decisão judicial no RHC 73.121, também há violação comissiva do Poder judiciário aos direitos do adolescente quando, em afronta ao disposto nos diplomas legais, confunde-se os sistemas processuais privando-o de sua liberdade de forma ilícita, causando-lhe dano moral pela estigmatização social e familiar.

Ao que interessa, é que tal posicionamento judicial paradigmático, se mantido pelo Supremo Tribunal Federal, ou se repetido em outras oportunidades, estará infringindo o que dispõem os tratados internacionais e as leis pátrias, causando, além de danos na esfera individual de cada "réu", danos sociais que ultrapassam a ação penal, atingindo a vida em sociedade e mitigando a maioria penal de 18 anos, vez que a valoração dos atos infracionais serviria de argumento desfavorável para fins de recidiva criminal, mesmo quando o agente infracional sequer é imputável penalmente.

O sistema de responsabilização por ato infracional e direito penal: partes de um mesmo ramo do direito?

Na sequência, faz-se importante a diferenciação entre os sistemas penal e infracional, para que se possa chegar ao ponto central do trabalho. Assim, por primeiro, o direito infracional, sistema de responsabilização, ou qualquer dos sinônimos, não se trata de direito penal, porquanto não se fala em prática de crimes ou contravenções penais. Inclusive, para tais cominações legais, o menor de 18 anos é inimputável²⁷, não lhe sendo aplicada pena correspondente, mas tão somente uma medida socioeducativa²⁸ com vistas à responsabilização social do adolescente para sua desvinculação do contexto infracional. Não há crimes ou penas, apesar de, na prática, a medida socioeducativa se assemelhar em muito à pena no sentido de serem, ambas, instrumentos de controle social.

Importante pontuar que o Direito Infracional é aquele destinado aos adolescentes com idade abaixo de 18 anos e às crianças, abaixo de 12 anos de idade. Aos primeiros, quando do cometimento de um ato infracional, são aplicadas medidas socioeducativas, aos segundos, medidas protetivas. Outro ponto de interesse para o presente trabalho é a conceituação de ato infracional. Para que fique claro, tendo em conta o art. 103 do ECA²⁹, não se confunde prática infracional com prática criminosa, porque a primeira não é parte do sistema penal, mas tão somente utiliza a tipificação de condutas baseada no Código Penal para fins de estruturação do “o que é” o ato infracional, mera referência sobre condutas. “O ato infracional, portanto, corresponde a um fato típico e antijurídico, previamente descrito como crime ou contravenção penal.”³⁰

Ademais, trata-se de um ramo do direito que já foi jurisdicionalizado, possuindo processo próprio com ritos e procedimentos. ROSA destaca a) o

²⁷ ECA. Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos sujeitos às medidas previstas nessa Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

²⁸ ECA. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas...

²⁹ Art.103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal

³⁰SPOSATO, Karina Batista. Elementos para uma teoria de responsabilidade penal de adolescentes. Programa de pós-graduação em Direito. Universidade da Bahia. Salvador, 2011. P.52

direito de defesa técnica; b) presunção da inocência e excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade; d) direito a juiz e Ministério Público competentes; e) ampla defesa, com intimação pessoal de todos os atos processuais; f) direito ao silêncio e sua não incriminação; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) proibição de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito ao acesso ao processo; j) jurisdicionalização da medida socioeducativa; l) presença em todos os atos processuais; m) razoável duração do processo, com possibilidade de prescrição das medidas socioeducativas; n) presença da família e dos defensores a qualquer tempo; o) internação máxima provisória de 45 dias; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) produção probatória em juízo e com contraditório; r) inconstitucionalidade da internação-sanção por violação do devido processo legal; s) assistência médica, social, psicológica e afetiva mediante atendimento especializado; e, t) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada, como garantias do Processo Infracional advindas com a edição do ECA, artigo 106 e seguintes, em consonância com o garantismo constitucional.³¹

O Direito da Criança e do Adolescente foi buscar no chamado garantismo penal, concepção indicativa do conjunto das garantias materiais e processuais que limitam a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e que projetam uma intervenção estatal estritamente regrada, inspiração para o estabelecimento de seus pilares que, juntados a outros, especiais, determinaram a criação de algo novo. Isto não o transforma em Direito Penal, vez que suas bases são diversas, seus postulados são distintos, sua esfera de incidência outra. Apenas indica que também objetivou um sistema limitador da arbitrariedade do Estado e de respeito às liberdades individuais³² (GARRIDO DE PAULA, 2006. P.35)

De importância para a consolidação da autonomia do direito infracional, bem como seu reconhecimento enquanto jurisdicionalização processual, a Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo -SINASE, enumera, em seu art. 35³³, os princípios que regem a execução das medidas socioeducativas, aplicando as garantias processuais

³¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais. Editora Lumen Juris, 2007.pp. 163-168.

³² GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.P.35

³³ SINASE. Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I- legalidade...

à execução da responsabilização e nos seguintes prevê os ritos procedimentais a serem utilizados no processo de execução infracional. Já em seu artigo 71 pontua os princípios que regem o regime disciplinar do processo infracional, conforme apresentado por ROSA, incluindo a coação irresistível, motivo de força maior e legítima defesa como exculpantes.

SINASE. Art. 72. O **regime disciplinar** é **independente** da responsabilidade civil ou **penal** que advenha do ato cometido (Grifos da autora)

O garantismo processual não é exclusividade do Direito Penal, estando presente também nos demais ramos do Direito. O que o torna mais importante no processo penal, é o bem jurídico que está sendo tutelado - a liberdade - que se sobrepõe aos demais bens jurídicos dos outros ramos. E o Direito Infracional, bem como o penal, tutela a liberdade, diferindo-se em relação ao público a que se destina, adolescentes com idade inferior a 18 anos. Também se difere do penal, porque assim como não há penas, não há prisão, mas entidades de privação de liberdade exclusivas para adolescentes, art. 123, ECA, atendendo às necessidades específicas da faixa etária e resguardando a proteção destes em mantê-los separados dos adultos.

“As medidas de proteção e sócio-educativas representam ordens de medidas jurídicas. São compostas de medidas em espécie. Entre as primeiras o tratamento psicológico ou de saúde²⁴, e, entre as últimas, a medida branda da advertência e a severa da internação²⁵. Como medidas jurídicas, são dotadas de coercibilidade. Ambas. Têm como fato gerador a existência reconhecida da prática de uma conduta equiparada a crime ou contravenção penal, pressupondo um sistema de apuração que contemple as garantias fundamentais e gerais insertas no artigo 5º da Constituição da República, cujo “caput” veda distinções decorrentes da idade, bem como aquelas especiais, presentes no artigo 227 da mesma Carta. Substancialmente se materializam em respostas decorrentes do desvalor social que marca a conduta infracional, de modo que pressupõem o reconhecimento do erro²⁶ e a declaração de reprovabilidade da conduta. Suas finalidades ultrapassam a prevenção especial e geral e alcançam o ser humano em desenvolvimento, de sorte que indicam uma interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação ou mesmo tratamento. Por fim, estão inseridas em um sistema diverso, diferenciado do civil e do penal, representando conseqüências próprias de um ramo autônomo do nosso ordenamento jurídico.”³⁴ (GARRIDO DE PAULA, 2006, p. 34)

³⁴ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006. P.34.

Mais nítida ainda é a distinção quando se analisa a cominação da medida socioeducativa. No Direito Penal, quem estabelece o tempo é o próprio Código Penal, no mesmo artigo que tipifica a conduta, prevendo em abstrato, espaços de tempo mínimo e máximo para o cumprimento da pena. Assim, a partir do mínimo legal, chamado de pena base, e tendo em conta as circunstâncias do artigo 59, CP, o juiz analisa o tempo adequado para a fixação da pena, determinando seu prazo máximo de duração. Do mesmo modo em relação a ponderação de atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição. As hipóteses e o *quantum* da majoração estão expressamente previstos em lei, não podendo a pena ultrapassar 30 anos de reclusão.

Já no direito infracional e na apuração de atos infracionais, totalmente diverso é o procedimento, partindo da avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida, as circunstâncias e a gravidade da infração. Socorre-se ao Código Penal tão somente para imputar-lhe um tipo legal, mas o *quantum* mínimo e máximo não é valorado para a aplicação de medida socioeducativa. O juiz da infância e juventude terá de analisar as demais características ligadas ao jovem, bem como a gravidade em abstrato da conduta. Se o ato, por si só, está revestido de maior ou menor gravidade, para decidir pela aplicação de uma medida em meio aberto, Prestação de Serviço à comunidade ou Liberdade Assistida, ou uma em meio fechado, Semiliberdade ou Internação em local próprio para adolescentes, não admitindo tempo determinado nem podendo esta ultrapassar 03 anos de reclusão, com reavaliações sobre o cabimento/progressão da medida a cada, no máximo, 06 meses.

ECA. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 2º. A medida **não comporta prazo determinado**, devendo sua manutenção ser **reavaliada**, mediante decisão fundamentada, **no máximo a cada seis meses**. (Grifos da autora)

O que não se pode negar é que a medida socioeducativa tem natureza sancionatória. Bem assim firmou o SINASE ao estipular os critérios de execução das mesmas prevendo a privação da liberdade. Há, portanto, além do caráter educativo e de “reintegração social” do adolescente, por meio dos

programas desenvolvidos durante seu cumprimento, tanto em meio aberto, quanto em meio fechado, o caráter retributivo, de ressignificação da conduta praticada. Ao que se atribui *status* de sanção. Afinal, não há ato infracional se não houve a prática de uma conduta descrita como crime ou contravenção capaz de ensejar uma responsabilização individual e proporcional.

Ora, mas falar em *status* de sanção, torna a medida socioeducativa uma pena criminal? A sanção nada mais se apresenta do que como uma retribuição ao ato contrário à lei, existindo, inclusive, em outros ramos do direito, como o administrativo e civil, sem que se discuta esses serem ligados ao direito penal. A reprimenda penal, de certo, é a que mais se assemelha à medida socioeducativa, vez que tutelam a liberdade do indivíduo, porém dizer-se que se tratam do mesmo procedimento judicial ignorando as bases, agentes, critérios e princípios é negar o Estatuto da Criança e do Adolescente e sua aplicação via SINASE.

Aplicar ao processo infracional as garantias e princípios constitucionais, inclusive importando-lhes do garantismo penal não é retroceder ao tempo anterior ao ECA, mas sim assumir que os adolescentes são sujeitos de direitos, empoderados por um Estatuto próprio e, por assim ser, devem responder na medida de seus atos, nestes inclusos os infracionais. Assim, ao contrário do que BARBOSA alega³⁵ ser sujeito de direito não afasta que o ECA inaugurou um novo processo de responsabilização para as crianças e adolescentes no qual está previsto o devido processo legal para a proteção destes em relação à atuação do Estado-Juiz. Ademais, ainda que de maneira incompleta, e por isso recorre-se ao direito penal, o ECA e o SINASE preveem as garantias inibidoras da ação discricionária do Estado, estabelecendo prazos, regimes e parâmetros para sua atuação.³⁶

Enquanto os processos penais são públicos, sendo julgados em

³⁵ Defende-se, por isso, que os direitos processuais penais reproduzidos pelo Estatuto seriam aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei não em decorrência do reconhecimento da natureza sancionatória das medidas, mas em razão da condição de sujeito de direitos dos jovens infratores, condição esta que lhes assegura acesso às garantias penais e processuais penais previstas em nossa Constituição. In: BARBOSA, Danielle Rinaldi. Natureza jurídica das medidas socioeducativas e as garantias do direito penal juvenil. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 1(1): 47-69, 2009. Pp. 47-69.

³⁶ Art. 71 e seguintes do SINASE

sessões abertas, inclusive prevendo tribunal do júri, os processos infracionais desenvolvem-se em segredo de justiça, para a proteção da intimidade da criança e do adolescente quando atingirem a maioridade.³⁷ Isso se dá porque o estigma criado pela criminalidade, ainda que a conduta antijurídica tenha sido cometida em momento de desenvolvimento pessoal incompleto, é algo difícil de ser apagado da sociedade, tornando-se uma etiqueta de “criminoso” para o resto da vida. Portanto, a ficha infracional é limpa ao atingir a maioridade e seus registros permanecem em segredo de justiça, sendo vedado o acesso³⁸ e a divulgação. De igual forma, esta medida protege a utilização dos fatos ocorridos enquanto menor, para formação de um caráter delitivo na maioridade.

Apesar de esta ideia de autonomia e total separação entre o penal e o infracional não ser consenso na doutrina, conforme apresentado por SPOSATO, “é preciso, portanto, superar a ideia de uma autonomia do Direito penal juvenil, pois em verdade esse pressupõe um cabal conhecimento prévio do Direito penal de adultos, ainda que apresente peculiaridades no que se refere às finalidades educativas de suas consequências.”³⁹, não é assim que entendo, vez que as peculiaridades do direito infracional se mostram tão distintas do processamento penal que não há como se conceber que um seja um ramo, ou parte, do outro. Até porque, admitir essa estreita relação hierárquica entre ambos, permitiria a mitigação da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento para consideração da ‘personalidade’ do agente de ato infracional penalmente, o que afrontaria as disposições pátrias e internacionais de proteção à criança e ao adolescente.

ROSA nos reforça a ideia de autonomia do sistema de responsabilização pontuando que com a edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA -, este ganhou sua autonomia, ao que “não pode mais ser considerado um apêndice do

³⁷ Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

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

³⁸ Art. 144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

³⁹ SPOSATO, Karina Batista. Elementos para uma teoria de responsabilidade penal de adolescentes. Programa de pós-graduação em Direito. Universidade da Bahia. Salvador, 2011. p. 127

Direito Penal.”⁴⁰, ainda que possuam princípios em comum, como a despenalização, descriminalização, direito infracional mínimo, legalidade estrita, retributividade, etc.,⁴¹ porque trata-se de um sistema completamente diferente, primeiro em relação à quem se destina, depois quanto às bases, garantias e aplicabilidade.

Assim como há o direito administrativo que enseja sanções, o civil que resulta em restituições de ordem financeira, há o infracional, que impõe medidas socioeducativas. “O sistema de responsabilização, portanto, integra ramo autônomo do Direito, tendo por base normativa internacional e regras constitucionais, sendo distinguido por princípios próprios, contando com diploma legal específico (ECA) que o separa das demais subdivisões.”⁴² E, se para os primeiros não há possibilidade de utilização como recidiva criminal, por serem procedimentos distintos que não se subordinam ou confundem, apesar de estarem interligados de alguma maneira, no mesmo patamar se insere o Direito Infracional. Portanto, a distinção procedimental entre ambos os sistemas, infracional e penal, não permite a utilização de prática infracional como recidiva criminal.

Caso a mistura dos sistemas procedimentais judiciais fosse permitida, seria possível utilizar uma sanção administrativa ou uma condenação civil para demonstrar o comportamento antissocial daquele que está em julgamento e a ele aplicar uma preventiva. Imagine-se: João deixou de pagar pensão alimentícia, demonstrando comportamento antissocial pela prática de um ilícito civil. Por este motivo, decreta-se sua prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal quando do cometimento de um crime de roubo. Uma Sentença como essa faria algum sentido? Pois é o que o Superior Tribunal de Justiça fez para decretar a cautelar, confundindo os procedimentos infracional e penal no caso do RHC 73.121 MS.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais. Editora Lumen Juris, 2007.pp. 05

⁴¹ AMARAL, Antonnio Fernando do. O estatuto da criança e do adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.

⁴² GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.P.39.

Medida Socioeducativa como Recidiva Penal

Voltando o olhar para a prática judiciária e tendo em conta a contradição entre o paradigma positivado pelo novo Estatuto da Criança e do Adolescente (proteção integral) e a atuação do nosso Poder Judiciário, destaca-se o último entendimento do Superior Tribunal de Justiça no RHC 73.121, que confirmou a decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Na ocasião, a fim de justificar a prisão preventiva do Paciente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão de relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, utilizou de passagens pelo sistema socioeducativo na tentativa de configurar algum dos requisitos exigidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal e justificar a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Assim dispõe o Código:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E a Ementa do referido Acórdão:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATOS INFRACIONAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o **periculum libertatis**.

2. A Terceira Seção desta Corte firmou orientação de que **"os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como antecedentes penais e muito menos para firmar reincidência**

(porque tais conceitos implicam a ideia de "crime" anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros " (RHC 63.855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Dje 13/6/2016).

3. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva apontou que o recorrente, além de ter, em tese, praticado crime de roubo majorado, possui anotações, uma delas referente à prática de ato infracional equiparado a delito contra o patrimônio, há pouco realizado, evidenciando sua reiterada atividade delitiva. Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública.

4. Recurso desprovido. (Grifos da autora)

Ao acordado, o Ministro relator afirma:

"Portanto, depreende-se da leitura do decreto combatido que a prisão do recorrente foi decretada como forma de **acautelar a ordem pública**, haja vista a referência nele contida ao fato de já ter se **envolvido em outras práticas delitivas**.

Vale registrar que se justifica a imposição da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando **delineada a periculosidade** do recorrente e o **risco de reiteração delitiva**. (Grifos da autora)

E, a fim de substanciar o argumento de manutenção da ordem pública, exemplifica utilizando 3 acórdãos (RHC 66.123/MG, HC 327.892/MG, RHC 54.223/ MG). No entanto, em todos os exemplos, a manutenção da ordem pública está fundada na reincidência criminal, com trânsito em julgado na esfera penal, e não baseada em registros de passagem por medida socioeducativa. O que ainda justificaria a aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal, vez que se trata de continuidade delitiva dentro do mesmo procedimento judicial, o direito processual penal.

No detalhado do caso, o Assistido pela Defensoria Pública do estado do Mato Grosso do Sul não possui antecedentes criminais, reside com os pais em endereço fixo, é estudante e possui bom convívio social, apresentando somente 1 cumprimento de Prestação de Serviço à Comunidade por furto como menor de idade. Nada na descrição do adolescente leva a imputar dificuldade de aplicação da lei penal ou ameaça à ordem pública por "personalidade voltada à prática delitiva". Estão ausentes todos os pressupostos do artigo do Código de Processo Penal para a decretação da medida extrema preventiva

No entanto, desde sua primeira audiência cognitiva a prisão já foi

declarada e sua manutenção confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda que não houvesse sequer um dos requisitos exigidos pelo artigo. Aqui sublinha-se que “risco de reiteração delitiva”, o argumento subjetivo utilizado por todos os julgadores ao apresentar a ficha infracional e temer pela ordem pública, não é requisito de decretação da prisão preventiva. Ao que se questiona a (des)necessidade do acautelamento.

Sem entrar no mérito da quantidade de medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319, CPP⁴³, e da desconsideração da excepcionalidade da prisão, ficou claro que o juízo de valor realizado pelo julgador foi baseado no etiquetamento social atribuído ao ali Paciente. Por que se não há sequer um registro capaz de ensejar recidiva penal, como diz a própria Ementa, então o que mais poderia subsidiar seu juízo de valor a não ser as características sociais e a presunção de periculosidade daí decorrente?

Está na Constituição Federal, art. 5º, LVII⁴⁴, o princípio fundamental da presunção da inocência que requer para que haja a culpabilidade, o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Ora, se ele é primário e só cometeu um ato infracional na vida retribuído com prestação de serviço à comunidade, por qual motivo ele poderia ser ameaça à ordem pública? A decretação da preventiva imotivadamente, além de ferir o art. 315, CPP⁴⁵,

⁴³ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

⁴⁴ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴⁵ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

nega a Constituição ao presumir culpado aquele que sequer teve iniciada uma persecução penal.

E a presunção da inocência não se trata de opção do magistrado, é obrigação sua observância. Segundo LOPES JR, “a presunção da inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”⁴⁶, “nesse terreno, excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem caminhar juntas. Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção da inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves”⁴⁷.

Em breve retorno à ilegalidade da preventiva e parcialidade dos julgadores, é importante destacar que o ECA prevê o devido processo legal e segue os princípios de presunção da inocência. Assim, as “passagens” constantes na lista, sem o devido processamento na justiça e condenação transitada em julgado, não formam coisa julgada capaz de induzir culpabilidade. Justamente porque a máxima do ordenamento jurídico brasileiro é a presunção da inocência e não da culpa. Na sequência, a aplicação da preventiva igualmente presume a culpa de um crime ainda sequer investigado, penalizando baseada na suposição da “continuidade delitiva”, sendo, portanto insuficiente para subsidiar a preventiva.

Sequer investigado porque trata-se de ação de *Habeas Corpus* impetrado tão logo decretada a preventiva, o que ocorreu após a audiência de custódia. Não houve tempo para a persecução penal ser iniciada. Na imediata sequência à suposta conduta, foi encaminhado à Delegacia e preso em flagrante, sendo enviado ao presídio. Ao que se observa que os argumentos utilizados estão baseados em presunções de *periculum libertatis* e de equivocadas valorações de personalidade.

É nesse sentido que THOMPSON afirma: “sempre que existir algum motivo, mesmo não muito razoável, que justifique à máquina repressiva formalizar a anotação de uma infração, ela deve ser feita desde que o autor

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 23.

⁴⁷ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 43

(ou suspeito da autoria) exiba o primeiro traço marcante do marginal - ser pobre -, pois dessa maneira mais fácil ficará, no futuro, de identificá-lo como verdadeiro criminoso... por seu turno, a reiteração dos registros propicia maior segurança em re

conhecer o portador como criminoso. Por isso, quando surgir qualquer nova suspeita a seu respeito, tenderá a ser tomada como certeza, mais ou menos na base da ideia: pode ser que dessa vez não tenha feito nada, mas trata-se, evidentemente, de um criminoso, justificando-se, pois aproveitar a oportunidade para puni-lo pelo que deve ter feito ou pelo o que fará, se for deixado livre.”⁴⁸

A atuação judicial também agiu em desconformidade com o preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que se trata de documento de sigilo de justiça visando a proteção do adolescente e impedindo sua estigmatização social em respeito a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. E o mesmo vale para depois de atingir a maioridade. O histórico infracional não pode ser trazido à luz para efeitos de recidiva penal ou de valoração comportamental. Se assim pudesse, estar-se-ia diante de uma afronta principiológica ao Estatuto e à condição peculiar do adolescente.

Se antes se tratava de um adolescente com a ficha limpa, estudante, residente com os pais e adaptado ao contexto social e familiar, hoje ele é um detento. Privado de sua liberdade. Em sua comunidade é alguém que foi preso. E tudo isso às avessas do que diz a legislação. Estigmatizado socialmente pela simples atuação judicial desconforme com os institutos jurídicos legais.

“A elevação de certos comportamentos à classificação de crimes e, sobretudo, a designação de certos indivíduos para serem oficialmente considerados criminosos estão diretamente ligadas com a hierarquização social e o esforço de manutenção do *status quo* que interessa às classes dominantes”.⁴⁹ (THOMPSON, 1998, p. 130)

⁴⁸ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 68

⁴⁹ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 130

Exatamente por isso é que LOPES JR chama atenção para a dimensão externa da necessidade de observância ao princípio da presunção da inocência ao especificar que tanto os princípios quanto as garantias constitucionais são o limite democrático à exploração midiática em torno do caso, porque presumir a inocência exige a proteção daquele que está sendo acusado contra a publicidade e a estigmatização⁵⁰.

Neste caso, ainda mais: alguém está sendo duplamente punido pelo mesmo fato. Uma vez pelo cumprimento da medida socioeducativa e outra vez pela prisão preventiva em decorrência do mesmo fato já valorado judicialmente. A rotulação de "menor infrator", " com personalidade voltada à prática delitiva" e "ameaça à ordem pública" atribuídas pelos Tribunais foi determinante para o acautelamento mesmo inexistindo envolvimento na seara criminal. Tanto é que é primário.

Segundo BARATTA, "a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um '*commitment to deviance*', gerando, através de uma mudança de identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu".⁵¹ A antecipação da pena pelo crime de roubo que está em processamento não atinge sua completude de funções, pois sua característica educativa não existe, mas tão somente punitiva - e por um fato pelo qual já houve o cumprimento da punição imposta pelo Estado. Em não se atendendo à parte educativa, qual o cabimento de tal medida? Simplesmente punitiva? Um puro *bis in idem*?!

Ao vergastar a Ementa, destacam-se as preocupações apresentadas: *periculum libertatis* para a manutenção da ordem social e garantia da aplicação da lei penal e a contradição na valoração das passagens infracionais.

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE PELA PROBABILIDADE DE REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE.
- **A futurologia perigosista, reflexo da absorção do**

⁵⁰ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 24.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013. Pp. 89-90.

aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde **o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.**

- **A ordem pública**, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui **genérica e abstratamente invocada** – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto!

- A gravidade do delito, por si-só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003).

- À unanimidade, concederam a ordem.

(HC 70006140693/RS, publicada em 23/04/2003, de relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho).

Ao primeiro ponto cabe ressaltar a ausência do *periculum libertatis*, definido como “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo (do decreto de prisão), previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”,⁵² pois ausentes quaisquer justificativas ante a qualificação do Paciente nos autos.

“o estigma difundido no ‘imaginário coletivo’, via ‘violência simbólica’, passa a ser suficiente para se presumir a *periculosidade* do etiquetado, bem ao estilo lombrosiano, que carrega consigo - numa espécie de pena perpétua - a contingência de ser diferente de ‘nós’ e dos ‘nossos’”.⁵³ (ROSA, 2013, p.93)

A periculosidade a que se faz referência é aquela criada no imaginário social - incluído o julgador - e dos poderes de controle do Estado, que pode ser explicada como o risco de reiteração e o temor pela fuga do processo. O primeiro, apesar de ser relacionado com a garantia da ordem pública, é incapaz de subsidiar o argumento da necessidade, vez que não se pode

⁵² LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático. Críticas à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. pp. 12.

supor que haverá possibilidade de reiteração delitiva sem que haja prova nos autos para tal.

“a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição - vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo...“é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar a tão gravosa medida”.⁵⁴

Além de ser um juízo impossível, saber se a pessoa reiteraria seus atos criminosos ou não, não é a hipótese do caso em análise. No mesmo sentido a suposição de fuga calcada somente no imaginário daquele que se coloca no lugar do “acusado” para presumir se, estando em igual situação, fugiria ou não. Assim frisa Lopes Jr, “recordemos que é absolutamente inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional diante da Presunção da Inocência.

VIDE EMENTA E INDEXAÇÃO PARCIAL: HOMICÍDIO, VÍTIMA, RÉU, ÍNDIO, DISPUTA DE TERRA, RESERVA INDÍGENA, COMUNIDADE XUCURU.

I. Prisão preventiva: "indício de autoria": inteligência. O habeas corpus contra a prisão preventiva não comporta em linha de princípio, sopesamento do valor probante de elementos informativos contrapostos, mas a verificação da existência, contra o réu ou o indiciado, de "indício de autoria", locução na qual "indício" não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda. II. Prisão preventiva: fundamentação cautelar necessária. Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e **a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas.** Inidoneidade, no caso, da motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica. (STF - RHC: 83179 PE, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 01/07/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-35 PP-07299) (Grifos da autora)

⁵⁴ Trecho do voto do Ministro Eros Grau no HC 95.009-4/SP, p. 29.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor... deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão”.⁵⁵ Inclusive, por não se ajustar ao perfil do Assistido da DPU/MS, observa-se a infração de mais um preceito fundamental: a individualização da pena, art. 5ºXLVI, e o devido processo legal, art. 5º, LIV, princípios estritamente ligados à presunção da inocência, art. 5º, LVII, e à dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, no qual se funda a Constituição Federal.

Uma das mais claras tendências do Direito penal contemporâneo consiste na proteção preferencial dos bens jurídicos *supraindividuais* (coletivos, universais, difusos) que estão ocupando (com a conivência dos dogmáticos) a posição dos bens jurídicos clássicos (ignorando-se o ser humano). Não devemos adotar nenhuma postura radical contra os bens jurídicos *supraindividuais*; todavia, isso só é possível quando pensados em função do ser humano. Nenhuma afetação de um bem jurídico por si só, pode ter validade no Direito penal que envolve o *ius libertatis*. Os bens *supraindividuais* foram imaginados para a tutela de bens pessoais. É essa a perspectiva correta que deve guiar a interpretação de todos os tipos penais.

O risco mais concreto decorrente dessa *universalização* dos bens jurídicos consiste na utilização (“perversão”) do Direito penal para a tutela de “funções” ou “instituições”.⁵⁶ (GOMES e BIANCHINI, 2002, p.81)

Aqui se remete à maximização do direito penal e ao seu fortalecimento, bem como da utilização dos seus órgãos para estereotipar o “inimigo da sociedade”.⁵⁷ Ao identificar o adolescente como infrator, o juízo de valor do magistrado foi redirecionado para a imagem do criminoso, verdadeiro e atual inimigo do Estado, afastando-se das provas e informações constantes dos autos e firmando novo entendimento na Corte, em total desconexão com o anterior.

Até porque estar-se-ia diante da hipótese de *bis in idem*, vez que a valoração de um crime anterior para aplicação de privação de liberdade antes mesmo da nova persecução penal configura, de certo, a dupla punição pelo mesmo fato. Ora, uma vez cumprida a pena imposta pelo ato infracional

⁵⁵ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 122.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização. Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

⁵⁷ SODRÉ, Filipe Knaak. O direito penal e a vingança do leopardo. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. pp. 38

anterior, não há que se utilizar do mesmo fato para aplicação de nova privação, sob o argumento da cautelaridade do *periculum libertatis*. “O *bis in idem*, embora não esteja expressamente previsto no ordenamento constitucional, tem sido aceito no sistema jurídico-penal brasileiro e sua mitigação presume ocorrência de prejuízo à parte, sendo causa de nulidade absoluta”.⁵⁸

Quanto ao segundo ponto, a contradição na tese apresentada sobre a valoração dos atos infracionais, certa é sua impossibilidade, como demonstrada anteriormente, porque se trata de procedimentos diferentes, incapazes de serem valorados de igual maneira, tendo em vista a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, que está em processo de aquisição de valores e definição de comportamentos, levando em conta a intensidade dos acontecimentos nesta idade para o grau de ponderamento entre certo e errado, lícito e ilícito, etc.⁵⁹

São vários os precedentes judiciais sobre a impossibilidade de justificar uma medida extrema de prisão, mais ainda extemporânea e inconstitucional, porque afronta diretamente a presunção da inocência e o devido processo legal.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS . FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE FABRÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PACIENTE GUSTAVO. PROCESSO. CRIME. ATO INFRACIONAL. ILEGALIDADE.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na reiteração delitiva do paciente FABRÍCIO (é multirreincidente e mesmo após a expedição de alvará de soltura pelo cumprimento das reprimendas a ele impostas em outro processo) não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. A **prisão preventiva** do paciente GUSTAVO teve por **único fundamento a prática de ato infracional anterior**, o que **não constitui fundamento idôneo à custódia cautelar, porquanto a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal, razão pela qual, no processo por crime, não podem atos infracionais servirem de fundamento à prisão preventiva.**

3. Habeas corpus denegado quanto ao paciente FABRÍCIO HENRIQUE DA COSTA BULIO, e, concedido para soltura do paciente GUSTAVO HENRIQUE DIAS SABION, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar, inclusive

⁵⁸ Acórdão do STM publicado em 08/05/2017, na Apelação 140-013.2014.705.0005/PR, de relatoria do Min Odilson Sampaio Benzi.

⁵⁹ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.

menos gravosa do que a prisão processual. (HABEAS CORPUS STJ Nº 338.936 - SP, publicado em 05/02/2016, relatoria do Ministro Nefi Cordeiro) (Grifos da autora)

HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE BENEFICIADO COM A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA PRISÃO TEMPORÁRIA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. RÉU QUE NÃO SE ENCONTRAVA FORAGIDO. SEGREGAÇÃO INJUSTIFICADA E DESNECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade dos fatos criminosos denunciados, isso com base na própria conduta denunciada, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

2. Tendo a prisão preventiva sido decretada dentro do período em que o paciente encontrava-se beneficiado com a suspensão dos efeitos do mandado de prisão temporária por decisão liminar deste STJ, mostra-se inidôneo o fundamento de que se achava foragido, por não ter sido cumprido o respectivo mandado de segregação.

3. Vislumbrando-se a existência de flagrante ilegalidade, permite-se a concessão da ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a custódia preventiva do paciente. (STJ - HC: 184162 ES 2010/0163880-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013) (Grifos da autora)

Assim, há fragilização dos direitos individuais e a legitimação da violência pelos órgãos de controle social do Estado, vez que se utilizam dos direitos supraindividuais para afrontar a Constituição em nome de uma proteção abstrata a conceitos genéricos de “ordem pública”, “segurança social”, “proteção da aplicação da lei penal”, etc.. E mais, a preocupação com a proteção destes direitos em detrimento dos individuais é tamanha que se torna corriqueira a decretação de preventivas, ou seja, a condenação antecipada de um inocente à miserável e desumana condição de presidiário no Brasil⁶⁰, mesmo ante os posicionamentos da doutrina e dos Tribunais, o que identifica a mudança no entendimento e aplicação do direito penal de forma mais rígida

⁶⁰ BERKLEY e PARIS. Notas aos leitores brasileiros. In: As prisões da miséria. Loïc Wacquant. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.Ed., 2001. Pp.11

Maximização do Direito Penal: Lei e Ordem, Guerra ao Crime e Etiquetamento Social

A partir de um raio-x das prisões, os penalistas e criminólogos traçaram perfis de risco, atribuindo à condição social e à cor da pele o estigma de possível criminoso. "Os potenciais candidatos ao cárcere são identificados nos grupos produtores de risco, com tendências ao desvio e à contrariação da ordem constituída - curiosamente, são aqueles que fazem parte da população excedente, o *surplus* da força de trabalho, 'Eles'. São favelados, negros, imigrantes, desempregados. Grupos inteiros de pessoas que deixaram, na prática, de *cometer* crimes para se *tornarem*, elas mesmas, crime."⁶¹

Sendo assim, para o sistema de responsabilização do Estado frente ao delito praticado, o que está em questão não é a conduta específica do adolescente, que naquele momento contraria o interesse jurídico, mas sim, sua condição social de adolescente infrator ou em conflito com a lei⁶² (NICODEMOS, 2006, p.70)

O menor delinquente, ou potencial agente, era aquele que se encontrava privado das suas necessidades básicas, vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável, em perigo moral, com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e/ou autor de ato infracional. Assim nos dizia o antigo Código de Menores. Foram criados padrões para justificar o encarceramento dos jovens sem que houvesse, sequer, a necessidade do cometimento de infração. O critério utilizado era sociológico e ficava sob o poder subjetivo do juiz de decidir aplicar ou não uma medida judicial.

Como visto, o abandono, ainda que não tivesse ocorrido por culpa da criança ou do adolescente, ou melhor, tendo estes como vítimas, era motivo ensejador da aplicação das disposições do Código de Menores e de seu acautelamento em locais de restrição de liberdade e direitos. Tal qual os "delinquentes", os abandonados eram ameaça de perigo à paz social. O abandono era visto como meio para o fim delinquência. Diferentemente da

⁶¹ SODRÉ, Filipe Knaak. O direito penal e a vingança do leopardo. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. pp. 30

⁶² NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006. P. 70.

ideia de proteção integral ao jovem, o Código visava a proteção do bem-estar da sociedade, ao que suas disposições cumpriam o papel de retirar "da vista" os indesejados.

Certo é, como já apresentado, que o paradigma positivado mudou, sendo excluído do ECA o artigo que estabelece o perfil do jovem em situação irregular, aquele que apresenta risco à sociedade. Porém, no imaginário social tal estigmatização ainda vive e é reproduzida pelos órgãos de controle social e disseminada pela atuação da mídia. Uma situação que se destaca, nesse sentido, é o debate sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos.

A ocorrência de alguns casos de extrema veiculação midiática devido à brutalidade envolvida reacendeu o debate acerca da maioria penal, e sua, suposta, necessária diminuição. O primeiro, assassinato de Liana Friedenbach e Felipe Caffé, em 2003, envolvendo o adolescente Champinha⁶³, e o segundo, assassinato de João Hélio, em 2007, envolvendo Ezequiel⁶⁴. Apesar de inegavelmente brutais, os crimes em destaque não representam o aumento da "delinquência juvenil" ou são capazes de subsidiar a alteração da maioria penal para 16 anos. O alarde da mídia sobre a idade dos envolvidos surtiu muito mais efeito - negativo- na sociedade do que, de fato, os dados censitários, isso porque "o clima de insegurança passado pela imprensa, no tocante à violência criminal, de certa forma garante a manutenção do ideal dominante".⁶⁵

A necessidade de criar um "medo social", seguida da personalização do medo no menor de idade, apesar de ter ido na contramão das pesquisas, impulsionou o debate sobre a redução da idade para responsabilização criminal e lançou mão da estigmatização do adolescente e sua consequente necessidade de endurecimento na penalização, apesar de segundo dados da ONU, "dos 21 milhões de adolescentes que vivem no Brasil, apenas 0,013%

⁶³<http://noticias.r7.com/sao-paulo/fotos/caso-liana-friedenbach-um-dos-mais-barbaros-da-historia-do-pais-completa-dez-anos-relembre-27112013>. Acesso em 18/05/2017

⁶⁴ <http://memoriaglobo.globo.com/mobile/programas/jornalismo/coberturas/caso-joao-helio/caso-joao-helio-a-historia.htm>. Acesso em 18/05/2017.

⁶⁵ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.p. 78.

cometeu atos contra a vida"⁶⁶, e Ministério da Justiça do Brasil, "menores de 16 a 18 anos são responsáveis por 0,9% dos crimes no Brasil. O percentual é ainda menor se considerados homicídios e tentativas de homicídio: 0,5%."⁶⁷

"O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupros de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas."⁶⁸

...um fato difícil de se conceber pelo mero pensamento superficial: *é o poder quem cria os inimigos que ele próprio depois irá combater*. Os inimigos, então, não são um dado ontológico, algo que a realidade simplesmente oferece e que nos proporciona uma reação natural de hostilidade. Ao contrário, trata-se sempre de uma construção realizada conscientemente ou não pelos indivíduos e, principalmente, pelo aparato organizado de poder dentro de determinada sociedade em um determinado tempo histórico.⁶⁹ (SODRÉ, 2011, p. 38)

E são os meios de comunicação que criam as ideologias e as disseminam, como bem entendem em meio à sociedade. Não só em relação ao direito Penal, é verdade, mas aqui pontua-se a produção e reprodução de medos, "a cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a 'tábua da salvação' da sociedade e, quanto maior for sua dureza, mais satisfeita ela estará",⁷⁰ ao que se torna cada vez mais imprescindível a atuação dos órgãos do sistema penal, e seu fortalecimento.

Assim, "é insinuada a ideia segundo a qual a violência e a insegurança se esgotam na criminalidade (convencional), ideia essa que estabelece o consenso acerca da necessidade de endurecimento do sistema penal e,

⁶⁶<https://nacoesunidas.org/nacoes-unidas-no-brasil-se-posicionam-contra-a-reducao-da-maioridade-penal/#sdfootnote1sym>. Acesso em 18/05/2017.

⁶⁷ <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/menores-cometem-0-9-dos-crimes-no-brasil>. Acesso em 18/05/2017.

⁶⁸ GRECO, Rogério. O direito penal do inimigo. <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 18/05/2017

⁶⁹ SODRÉ, Filipe Knaak. O direito penal e a vingança do leopardo. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.p. 38

⁷⁰ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.pp. 97-98.

assim, abrindo espaço para a mitigação das garantias constitucionais⁷¹ para a proteção de direitos abstratos e universais, como o *slogan* da segurança pública.

Dessa forma, observa-se de total importância o papel da mídia na criação do “inimigo” da sociedade a justificar a maximização da justiça penal. E isso ocorre, através do sensacionalismo causado pelas “imagens da criminalidade difundidas pelos meios de comunicação de massa, que disseminam representações ideológicas unitárias de luta contra o crime - apresentado pela mídia como inimigo comum da sociedade -.”⁷² e que vem formar, no imaginário social, e nele incluído o do julgador, a personificação do criminoso.

Em situações semelhantes é que nasceu o Movimento Lei e Ordem nos Estados Unidos, sob o discurso de “guerra ao crime”, na contramão do direito penal garantista ou constitucional. Tem como objetivo o restabelecimento da lei e da ordem através da divisão da sociedade entre “os que seguem as regras, portanto, cidadãos de bem” e aqueles “portadores de patologias sociais, os desviantes porque possuem propensão a transgredir as normas postas”, utilizando do aumento dos tipos penais e endurecimento das penas como meio eficaz de reprimir a criminalidade.⁷³ É também conhecido como sistema de Tolerância Zero, já que entende que o “mal deve ser cortado pela raiz”, de forma a igualar a prática de condutas de maior e menor potencial ofensivo, intensificando a atuação do aparato repressivo policial/estatal.

ROSA explica a Teoria das janelas quebradas para exemplificar o funcionamento do “lei e ordem”, dizendo que, se ao passar por uma rua as pessoas atirassem pedras e quebrassem as janelas dos prédios, e estes não fossem consertados, em um dado momento todas estariam quebradas e a rua passaria a imagem de que não há um responsável por ela, ao paralelo de que cada janela quebrada é um comportamento desviante e que o conserto é a

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático. Críticas à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 09.

⁷² ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático. Críticas à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 17.

⁷³ SODRÉ, 2011

punição, se não fossem consertadas, o resultado seria a decadência da rua, traduzida como o aumento da criminalidade.

Em suma: seus sequazes- da teoria - sustentam (sem qualquer comprovação) que o combate à grande criminalidade deveria iniciar-se através da austera repressão e perseguição dos pequenos delitos.⁷⁴ (ROSA, 2008, p.34)

O ponto central do Movimento parte da teoria que defende a maximização do direito penal, bem como das políticas criminais de Tolerância Zero e Lei Penal do Inimigo, e está centrado no empoderamento do Direito Penal, que passa a ser visto como solucionador, ou até salvador, de todos os males da sociedade, reproduzidos com fervor pela mídia. Assim, para manter o controle social, restabelecendo a paz e a “lei e a ordem”, basta que o legislador criminalize mais condutas e puna mais pessoas, fazendo uma verdadeira “limpeza urbana” com legitimação estatal e atuação de seus órgãos de poder.

JAKOBS, mentor do Direito Penal do Inimigo, afirma que “quem por princípio se conduz de um modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso não pode ser tratado como cidadão, mas combatido como um inimigo”⁷⁵. Assim, pela ótica de JAKOBS, o direito penal seria diferenciado de acordo com o destinatário da aplicação da lei. Para aqueles que ainda se encontram dentro da ordem social, há um tratamento garantista, segundo as normas do direito penal constitucional, assegurados seus direitos fundamentais. Já aqueles que insistem na prática delitiva devem receber um outro tratamento penal, o direito penal do inimigo, que não se atém às garantias constitucionais.⁷⁶

“Percebe-se em tal formulação, uma rígida polarização de trato (de estilo maniqueísta): de um lado, o *cidadão*, o qual se espera a exteriorização da conduta com a finalidade de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e, de outro, o *inimigo*, interceptado com anterioridade e combatido pela sua

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático. Críticas à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. pp. 34.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In:JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49

⁷⁶ GRECO, Rogério. O direito penal do inimigo. <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 18/05/2017

periculosidade.”⁷⁷ (ROSA, 2008, p.51)

Com isso, a maximização do direito penal deixou a cargo dos aplicadores da lei a tarefa de dividir a sociedade, decidindo quais seriam aqueles grupos considerados merecedores da segregação. O que corrobora com o entendimento da Criminologia Crítica acerca deste processo, que se traduz no “conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na produção da mesma”,⁷⁸ seja por meio da primária - produção legislativa- ou secundária, a prática penal externalizada na punição dos atos contrários à lei.

"A proliferação das chamadas leis *three strikes* ilustram bem essa situação... essas leis começaram a surgir em solo estadunidense nos anos 90 e se espalharam, estando presentes hoje em mais de vinte dos cinquenta estados, prevendo a fixação da mais grave pena corporal - prisão perpétua, onde é cabível, - para os criminosos que cometem três infrações penais sucessivas, não importa quais sejam. Além das leis *three strikes*, a ideia de neutralização se manifesta também na adoção de medidas de segurança (envolvendo privação ou restrição de liberdade) que são impostas mesmo depois que o condenado tenha cumprido sua pena e que podem ter a duração de toda a vida do indivíduo”.⁷⁹ (SODRÉ, 2011, pp. 60-61)

Ao que se têm, em verdade, um processo de etiquetamento (que será trabalhado ao fim do capítulo) de um grupo como “os verdadeiros criminosos” à quem a produção legislativa, ou se referiu, ou melhor atingiu, e a quem o sistema penal repressivo se dedica a punir.

Como muito bem colocado por SODRÉ, "então, quando se fala em 'Guerra ao Crime', o que devemos entender é guerra a um *determinado tipo de crime, ou melhor dizendo, a um determinado tipo de infrator*. O que existe, na verdade, é uma escolha realizada pelos que detêm o poder em perseguir e punir, prioritariamente, certos tipos de condutas em detrimento de outras, de acordo com o que fosse julgado mais conveniente para a sociedade. Este é o

⁷⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático. Críticas à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 51.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo; et al.Direito penal brasileiro. Teoria geral do direito penall. Vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 60.

⁷⁹ SODRÉ, Filipe Knaak. O direito penal e a vingança do leopardo. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. pp. .60-61.

fundamento da política criminal.⁸⁰

É de conhecimento que as consequências negativas de uma condenação criminal ultrapassam a pena imposta pelo magistrado na esfera social, profissional, econômica e psicológica do sujeito. A partir do momento em que o indivíduo é condenado, ele passa a carregar um estigma de criminoso, uma marca em sua ficha criminal que se torna algo difícil de ser superado pela sociedade.⁸¹ Este mecanismo oficial de "etiquetamento social" através da estigmatização foi nomeado pela criminologia crítica como *Labelling Approach*.

BARATTA assim o apresenta: "o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência...Neste sentido o *labelling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade."⁸² Trata-se da rotulação de pessoas como desviantes e voltadas para o crime pelas próprias instituições de controle social, dentre elas, o judiciário.

Na perspectiva do *Labelling Approach*, afasta-se a ideia de que o criminoso é um produto do meio em que vive, determinado pelas condições sociais que o cerca (criminologia positivista), para entendê-lo como uma criação dos poderes do Estado. Há um grupo privilegiado que pensa e cria as normas. Tal grupo está inserido em um contexto socioeconômico. Sendo assim, enquanto pensadores da lei penal, este grupo cria as tipificações de forma a proteger-se da aplicação da lei.

"criminalização, comportamento criminalizado e pena são aspectos de um conflito que se resolve mediante a instrumentalização do direito e do Estado, ou seja, de um conflito no qual o grupo mais forte consegue definir como legais comportamentos de outro grupo, contrários ao próprio interesse, que, assim, é constrangido a agir contra a lei"⁸³ (BARATTA, 2011, pp.127-128)

⁸⁰ SODRÉ, Filipe Knaak. O direito penal e a vingança do leopardo. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. p.19,

⁸¹ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. pp. 3-4

⁸² BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013. Pp. 86.

⁸³ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013. Pp. 127-128.

THOMPSON traz o questionamento acerca da perturbação da ordem jurídica e social como critério para a aplicação da lei. Quem seriam os perturbadores? Ainda que se tratasse de um mesmo crime, não se tem a mesma valoração do ato. Um crime patrimonial executado por uma pessoa de estratos inferiores causa muito mais perturbação que o mesmo delito praticado por alguém de estratos privilegiados, porque a estes não está associada a ideia de periculosidade. Sequer são vistos como criminosos ou se clama a aplicação da lei penal, como para o outro grupo.⁸⁴ E completa: “por considerar o crime como algo típico do pessoal da arraia miúda, os componentes das camadas bem aquinhoadas não conseguem visualizar seus pares - façam lá o que fizerem - como delinquentes”.⁸⁵

O autor também estabelece o binômio classe social/anotação em ficha de registro policial para o etiquetamento dos “verdadeiros criminosos” (membros da classe baixa + vida pregressa manchada) e dos “não verdadeiros criminosos” (membros da classe alta+folha penal imaculada).⁸⁶ “Nesse sentido, para melhor compreender tal processo, cabe referir que além de marcas com significado social, os estigmas geram profundo descrédito, defeito, fraqueza, desvantagem.”⁸⁷

Assim, o método/estratégia de etiquetamento, em uma tradução livre, está relacionado com a criação de etiquetas sociais/perfis para aqueles que cometem crimes. Em escolher quem é o criminoso. A partir dessa escolha, a aplicação da lei penal passa a se relacionar com o “ser” muito mais do que com o “agir”. O simples “ser” parte do grupo etiquetado é suficiente para a presunção da figura típica da fantasia criminosa. “Como resultado a atividade da justiça penal se despreocupa com o que o acusado fez, para atentar cuidadosamente para o que ele é”.⁸⁸

⁸⁴ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 53.

⁸⁵ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 63.

⁸⁶ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 70-71..

⁸⁷COSTA, Ana Paula Motta. A adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violência. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 201 2 (6): 123-161. p. 137

⁸⁸ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 68,

“Na medida em que se vai construindo o estereótipo do delinquente através dessa interação de uma pretensa ciência (criminologia) com a justiça punitiva, cada vez menos se dá importância a justificar a aplicação da pena com base na infringência a uma norma legal, preferindo-se adotar como razão suficiente para o emprego das medidas repressivas contra certos indivíduos a detecção de supostas características criminosas que seriam por eles portadas”.⁸⁹ (THOMPSON, 1998, pp. 24-25)

“Porque, afinal de contas, não são os comportamentos (delitos) que contam, uma vez que o importante, de fato, para o agir efetivo da justiça criminal, reside na posição social do autor. Como sugere Austin Turk, o *status* do delinquente é atribuído às pessoas não pelo que fizeram, mas pelo que são”.⁹⁰ (THOMPSON, 1998, pp. 54-55)

Estudos mostram que esta parcela da população, adolescentes, homens, não brancos, pobres e de comunidades marginalizadas não só é a que mais tem sido encarcerada, o que demonstra uma expressiva atuação do Estado-Juiz nesse sentido, mas também é a que mais morre, revelando, além da perseguição social e judicial, a repressão policial a que essas pessoas são submetidas. É a demonstração da eficácia e do sucesso do etiquetamento social construído em conjunto com a mídia e órgãos de controle do Brasil.⁹¹

⁸⁹ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. pp. 24-25.

⁹⁰ THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e o Criminoso. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. pp. 54-55.

⁹¹ “Afirmam Soares, Milito e Silva que se está assistindo a um “genocídio social”, em que as maiores vítimas são jovens pobres, mais especificamente, do sexo masculino, não brancos. Conforme o autor, morrem, hoje, no Brasil, mais jovens entre quinze a vinte e um anos, do que se o Brasil estivesse em guerra e sua população juvenil tivesse sido enviada para campos de batalha (1996, p. 190-192)” In: ⁹¹ COSTA, Ana Paula Motta. **A adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violência**. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 201 2 (6): 123-161. pp. 147-148

Conclusão

Ordem econômica desigual produz excedente populacional marginalizado dos serviços básicos e das proteções mínimas. Tal excedente é criminalizado pelos agentes do poder público e órgãos de controle social, um “mais Estado policial” para um “menos Estado social e econômico”⁹² que criam um padrão de estigma para aqueles que cometem crimes e terminam por criminalizar toda uma classe, ainda que nem todos incluídos estejam encarcerados, estão eles socialmente marcados e possuem a “cara do medo” disseminado pela comunidade.⁹³

Passam a ser perseguidos pela polícia, pela justiça, pela sociedade. Endurecem-se as penas, suprimem-se direitos, roubam-se oportunidades. São adolescentes encarcerados pelo simples fato de nascerem em uma determinada condição social, cor, sexo, geografia, etc. e possuírem a etiqueta do crime. Basta parecer para “haver” crime. A perseguição é tamanha que até o que não é crime, se torna. O ato infracional é recidiva penal. A prisão é medida de proteção do bem estar social contra aquele adolescente “voltado ao crime”.

Voltado ao crime ou nascido criminoso? A estigmatização social daqueles perseguidos passa a ser instrumento de controle social. Etiquetamento de pessoas. Destino certo. Histórico infracional com 01 cumprimento de medida socioeducativa. Mitiga-se o direito em ter sua ficha criminal limpa à maioria, art. 143, ECA, para criminalizar um adolescente primário, condenado à Prestação de Serviço à Comunidade. O processo de estigmatização continua. Ele não é visto primário.

A infração? Furto. Conduta contra o patrimônio. A ordem econômica desigual e a marginalização pela omissão do Estado abalam a ordem pública. Novamente, para o menos Estado social, o mais Estado policial. Em nome desta, o Estado se omite nas garantias fundamentais. Decreta a preventiva. Agora retira o bem jurídico - e da vida - mais precioso, a liberdade. Agora o

⁹² BERKLEY e PARIS. **Notas aos leitores brasileiros**. In: As prisões da miséria. Loïc Wacquant. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.Ed., 2001. Pp.7

⁹³ SODRÉ, Filipe Knaak. **O direito penal e a vingança do leopardo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. Pp. 38

adolescente primário é presidiário. Não se sabe por quanto tempo a privação vai durar.

A privação ilegal ignorou as demais medidas cautelares do art. 319, CPP, é extemporânea, inconstitucional, fere leis e tratados internacionais. Seus atos enquanto menor de idade, protegidos pelo segredo de justiça, estão em um processo penal público. O adolescente não atende aos requisitos do art. 312, CPP. Não se vê ameaça, em sua individualização, mas os órgãos de controle social o etiquetam “perigoso”, potencial criminoso, potencial fugitivo, potencial reincidente. Baseados em quê?

São os estigmas atuando como mecanismos decisivos na interpretação e aplicação da lei.⁹⁴ O Estado escolhe o criminoso, dele retira todos os direitos e o pune sucessivas vezes. O direito penal, enquanto instrumento de controle do Estado de Direito, se perde. Vivemos o Direito Penal Máximo, que atua sob o argumento de guerra ao crime. O inimigo foi escolhido, acredita-se proteger a “lei e a ordem”. Estaríamos a renunciar ao Estado Democrático de Direito?!

A legitimação social e legal da relativização da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional, bem como dos direitos fundamentais de presunção da inocência, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, liberdade, mínima intervenção penal, devido processo legal, individualização da pena, etc., nos afasta da responsabilização do Estado, justificada pela *faute du service*, ante às diversas ações e omissões que vêm permitindo o cenário sócio-político-criminal atual.

Há de se ter em conta a responsabilidade Estatal ante o contrato firmado entre este e a sociedade por meio da CF e do ECA pela garantia do patamar mínimo de dignidade para que se possa andar na contramão da criminalização. O reconhecimento de que não se trata de uma questão pura e simples de segurança pública, termo genérico e justificador de violências, mas sim de que está havendo violação de direitos, restrição ao exercício da cidadania, ao acesso à justiça e às garantias sociais, além da direta atuação estatal na marginalização de grande parte da população brasileira, para que se possa reverter o processo criminalizador no qual vivemos.

⁹⁴ BACILA. Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre preconceitos. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015,

Referências Bibliográficas

- AMARAL, Antonio Fernando do. **O estatuto da criança e do adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade.** In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.
- BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre preconceitos.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015,
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013.
- BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français.** Paris: Dalloz, 1968.
- BERKLEY e PARIS. **Notas aos leitores brasileiros.** In: As prisões da miséria. Loïc Wacquant. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.Ed., 2001. Pp.11
- BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil.** Revisão técnica: Eduardo Carlos Bianca Bittar. - Imprensa: Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.
- BRASIL. **Código de Menores** (1979). Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Brasília, DF, Senado, 1979.
- BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Pacto São José da Costa Rica (1992). Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.
- BRASIL. **Convenção sobre os direitos da criança** (1990). Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Brasília, DF, Senado, 1990.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Senado, 1990.
- BRASIL. **Regras Mínimas de Pequim.** Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985.
- BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**

(2012). Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Brasília, DF, Senado, 1998.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo Ed. Atlas, 2016.

- COSTA, Ana Paula Motta. **A adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violência**. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2012 (6): 123-161.

- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Editora Saraiva. 5. Edição, São Paulo, SP, 1995

- DUEZ, P.; DEBEYRE, G. **Traité de droit administratif**. Paris: Dalloz, 1952.

- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Ato Infracional e natureza do sistema de responsabilização**. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006.

- GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização. Revista dos Tribunais, 2002.

- JAKOBS, Günther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo**. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**. Organização conjunta da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) e do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD). 2006. Pp. 7-85.

- LAUBADÈRE, A. D.; VENEZIA, J.-C.; GAUDENAT, Y. **Droit Administratif**. 17ª. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002. p. 148-149.

- LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013

- MEIRELLES, H. L. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781.

- MENDEZ, Emilio García. **Evolução histórica do direito da infância**. In: **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**. Organização conjunta

da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) e do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD). 2006.

- MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa.** http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adolescente_em_conflicto_com_a_lei/doutr Acesso em 05/06/17.

- NICODEMOS, Carlos. **A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional.** In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional, 2006. P. 70.

- PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil.** São Paulo: Método, 2003.p. 78.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15 ed. Revista e atualizada- São Paulo: Saraiva, 2015. Pp. 93- 95

- ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** 3 edição - Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

- SODRÉ, Filipe Knaak. **O direito penal e a vingança do leopardo.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

- SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista** – São Paulo: Saraiva, 2013.

- SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria de responsabilidade penal de adolescentes.** Programa de pós-graduação em Direito. Universidade da Bahia. Salvador, 2011.

- THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime o criminoso: Entes políticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Bibliografia

- **Aspectos Institucionais na Execução da Medida Socioeducativa de Internação.** Revista Psicologia Política, 2012, Vol.12(24), pp.231-245.
- CARVALHO NETO, T. V. D. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão.** 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- LOPES, O. D. A. **Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Martha de Toledo. **Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.** In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização.* São Paulo: ILANUD, 2006.
- MÉNDEZ, Emilio García. **Adolescentes Infractores de la ley penal: seguridad ciudadana derechos fundamentales.** In: MÉNDEZ, Emilio García. *Infancia. De los derechos y de la justicia.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- MOTTA, Laila Wanick. **Da medida socioeducativa de internação à prisão: um estudo sobre o itinerário carcerário nas prisões masculinas do DF.** 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) - Universidade de Brasília.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas.** Curitiba: Juruá, 2011.

- SARAIVA, João batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.
- SOUZA, Ismael Francisco de. e GOBBI, Ramires. **A Teoria da Proteção Integral à criança e ao adolescente segundo o conceito material e histórico de desenvolvimento humano.** Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2354>
- VOLPI, Mário. **Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.