

## **A necessidade de uma Lei de Execuções de Medida Socioeducativa. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: O Direito Penal Juvenil.**

**João Batista Costa Saraiva<sup>1</sup>**  
**Juiz de Direito**

A inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da Constituição Federal, aspecto já destacado em outros estudos, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento, como destaque em diversos trabalhos publicados, na mesma linha de uma série de autores como Sérgio Salomão Schecaira, em seu trabalho “Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil”, da editora RT, e Martha Toledo Machado, em “A proteção constitucional e crianças e adolescentes e os direitos humanos”, da Editora Manole<sup>2</sup>.

Afinal pena e sanção são conceitos que se tocam, embora não se confundam. Aliás, as sanções administrativas, advertências, suspensão, etc, são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas, etc., são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante<sup>3</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu no Brasil um Direito Penal Juvenil. Assim o é definido em todos os países da América Latina onde houve a recepção em seus sistemas legislativos da doutrina da proteção integral, cujo *modus operandi* é idêntico ao adotado no Brasil<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> É Juiz da Infância e Juventude no Estado do Rio Grande do Sul e, entre outras publicações, é autor, pela Editora Livraria do Advogado, de Porto Alegre, das obras *Compêndio de Direito Penal Juvenil*, em sua terceira edição, e *Da Indiferença à Proteção Integral ; uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, em sua segunda edição.

<sup>2</sup> Sobre o tema: Liberati, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional. São Paulo; Juarez Oliveira, 2002, em especial pp.100/101, e Sposato, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo; RT, 2006, especialmente p. 114.

<sup>3</sup> Sobre o tema Amaral e Silva, Antônio Fernando.Op. Cit.

<sup>4</sup> Na Europa, são exemplos a serem observados, os modelos adotados por Alemanha e Espanha. Na América Latina, veja se, por exemplo, a legislação da Costa Rica, cujo sistema de tratamento ao adolescente em conflito com a Lei é praticamente idêntico ao adotado no Brasil, com praticamente as mesmas medidas socioeducativas previstas como sancionamento às condutas infracionais, como pode ser visto em Armijo, Gilbert. “Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil” – 1ª ed. – San José – Costa Rica: IJSA, 1998. O Governo Argentino formalizou no Congresso daquele País seu Plano Estratégico de Segurança. No bojo trás a incorporação pela legislação argentina dos primados da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, abandonando o vetusto primado da incapacidade em relação a crianças e adolescentes, incorporando o princípio da peculiar condição de desenvolvimento. A legislação argentina sobre “menores” remonta a 1919 (!). Abandonam os vizinhos o critério bio-psicológico, que permitia responsabilizar como adulto jovens a partir de 16 anos, passando a estabelecer a idade penal (adulta) em dezoito anos. A nova lei argentina, estabelece um modelo de responsabilidade penal juvenil para adolescentes a partir de 14 anos. Entre 14 e 15 anos sujeitando-os a uma medida socioeducativa privativa de liberdade, por delitos graves, até cinco anos; e para adolescentes entre 16 e 17, até nove anos. No quadro argentino algumas vozes, movidas pelo Direito Penal Máximo, acusam a proposta de “branda, permissiva e cúmplice da delinquência”, como por aqui falam os detratores do ECA. De outro lado, menoristas e abolicionistas, considerando o texto de “uma dureza e repressividade inadmissível” – também como aqui o dizem aqueles que não admitem a revisão do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, em face o necessário aperfeiçoamento que a lei brasileira reclama, em especial no que respeita às garantias processuais e execução das medidas que sanciona.O que os

Do ponto de vista normativo há necessidade que imediatamente seja regulamentado por lei o processo de execução das medidas socioeducativas, em face o que se fez lacônico o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta lacuna legislativa tem resultado o avanço da discricionariedade e do arbítrio na execução das medidas socioeducativas.

Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo. Que a existência da norma trás segurança e afirma o direito. A ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Emílio Garcia Mendez, citando Luigi Ferraioli: “a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras sempre é a regra do mais forte”.

A discricionariedade e o subjetivismo são sempre um mal. Não existem discricionariedades e subjetivismos bons, cabendo aqui retornar a Bobbio, no prefácio que lança à obra de Ferraioli, onde este fundamenta o garantismo penal:

“A legalidade se opõe ao arbítrio (...). Por sua vez, a tese do direito penal mínimo abre sua frente principal contra as teorias do direito penal máximo (que culminam na defesa da pena de morte), mas não pode passar por alto das doutrinas abolicionistas ou substitutivistas, segundo as quais a pena, pelo contrário, estaria destinada a desaparecer. Às vezes, os extremos se tocam: a liberdade regrada deve se opor tanto à antiliberal, quer dizer, a qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à carência de regras, ou seja, à liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário ao arbítrio, mas também ao legalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, a qual, com expressão tomada da lógica dos conceitos, Ferraioli chama de poder de “conotação”, e a presença dos espaços nos quais habitualmente se exerce o poder do juiz.<sup>5</sup>”

A questão conceitual aqui exposta se faz fundamental.

No caso dos adolescentes autores de delitos, a responsabilização se dá a partir dos doze anos, o que empresta um caráter quase draconiano à nossa Lei, em cotejo com os demais países em cuja maioria a idade de responsabilização se dá aos quatorze.

É certo que o sistema socioeducativo, relativo às sanções a que se sujeitam esses adolescentes, carece de efetividade. Programas de Meio Aberto ainda são poucos e muitos ineficientes, a reclamar urgentes providências. Isso passa pela necessária compreensão do que são essas sanções, no que se distinguem das penas aplicáveis aos maiores de dezoito anos e quais suas convergências. Também é preciso superar, nessa mudança cultural, o paradigma da ambigüidade, do que o velho sistema era pródigo.

No que respeita às medidas socioeducativas, enquanto penalidades, com finalidade pedagógica, como destaca Konzen<sup>6</sup>; permito-me fazer a analogia entre o sutiã, a calcinha e o biquíni. Se em um dia de sol, em um condomínio, uma dona de casa resolver cortar a

---

argentinos se propõem fazer, fizemos nós brasileiros em 1990. A diferença é que o Brasil optou em afirmar a responsabilidade juvenil a partir dos doze anos, fazendo tábula rasa até os dezoito anos, sujeitando-os todos, sem distinção, a uma medida máxima privativa de liberdade por até três anos nos delitos graves.

<sup>5</sup> Bobbio, Norberto. Op. Cit. p. 8.

<sup>6</sup> Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

grama de sua casa, de calcinhas e de sutiã, causará escândalo. Se estiver de biquíni, provavelmente não. É o conceito. A finalidade. A calcinha e o sutiã são roupas de baixo. O biquíni é roupa de banho. E há calcinhas e sutiãs que tapam mais do que muitos biquínis. Assim, de certa maneira, a medida socioeducativa e a pena.

No caso do adolescente autor de infração, o primeiro tema ainda há ser superado diz com a responsabilização desse sujeito e a efetivação do modelo proposto pela Lei. Nesse caso, desde que superada a questão e entendido o modelo de responsabilização juvenil que o Estatuto introduziu, faz-se razoável, e até recomendável, que se busque o aprimoramento da norma e a qualificação de seus operadores, aproveitando-se da experiência acumulada nesses anos para avaliarmos os acertos e os erros, por ação e por omissão.

Por fim, cumpre dizer que a “autonomia” do Direito da Criança, sustentada por alguns operadores do Direito da Infância para afastar a idéia de um Direito Penal Juvenil, acaba produzindo e contribuindo para reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política “de bem estar de menores”, de triste experiência nestes Brasis.

Esta autonomia resultaria basicamente do Princípio da Prioridade Absoluta e do sempre invocado Princípio do Superior Interesse da Criança. Ambos os argumentos não tem o condão de desfazer o sentido da afirmativa de o Estatuto da Criança e do Adolescente haver consagrado um sistema de responsabilidade penal juvenil, integrado em um sistema de justiça, em um sistema normativo, cuja validade e eficácia somente pode ser reconhecida a partir de seu assento constitucional. Em verdade o afirma.

O Princípio da Prioridade Absoluta afirmado no art. 227 da Constituição Federal , em última análise, como corolário do paradigma da proteção integral, ao lado de um conjunto princípios constitucionais assecuratórios do Direito da Criança, resulta no que Martha Toledo<sup>7</sup> resume como princípios constitucionais especiais do sistema de responsabilização penal juvenil, listados por aquela: *Princípio da Reserva Legal*; *Princípio da Culpabilidade*; *Princípio da inimputabilidade penal*; *Princípio da excepcionalidade na privação de liberdade*; *Princípio da brevidade na privação de liberdade*; *Princípio do Contraditório*; *Princípio da Ampla Defesa*. É neste conjunto de Direitos e Garantias que se identifica a idéia de um Direito Penal Juvenil, em um universo de valores que desconstrói o paradigma da incapacidade para reconhecer o adolescente em sua condição de sujeito de direitos, com responsabilidade penal juvenil. O Princípio do Superior Interesse da Criança, somente pode ser compreendido quando submetido àqueles. Isso não faz o Direito da Criança autônomo da Ordem Constitucional e Normativa, ao contrário, submete-o àquela, como dimensão única de sua eficácia e legitimação.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Toledo, Martha M.Op. cit. p. 414.

<sup>8</sup> Como reflexão, cumpre consignar um dos efeitos decorrentes da antecipação da maioridade civil para dezoito anos, com a vigência do Novo Código Civil. Sendo a responsabilidade civil independente da criminal (tanto que havia desencontro de idade entre a maioridade penal e a maioridade civil), estabelecendo o Código

Isso se extrai da ordem constitucional, da normativa internacional, dos preceitos do direito penal.

Direito Penal este, que será juvenil, porque especial, distinto, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma.

---

Penal benefícios para o agente entre dezoito e vinte e um anos (vg. Atenuante, prazo prescricional pela metade), fica implícito que o País afirma o reconhecimento uma outra categoria de cidadãos em conflito com a Lei: os jovens adultos. Pessoas entre dezoito e vinte e um anos, cuja categoria já afirmava o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), quando prevê a aplicação de medida socioeducativa para jovens com mais de dezoito anos (até os vinte e um anos), autores de ato infracional na adolescência. Decorrentemente da nova ordem firmada pelo Código Civil não se estabelece mais relação com a maioridade civil, nem a atenuante mencionada será da minoridade. Esta garantia faz-se atenuante da condição de jovem adulto, que se faz independente da situação de maioridade civil, por necessária política criminal, a exemplo do que ocorre em países como Espanha e Alemanha. Isso se constitui em um marco importante que não pode ser desconsiderado, máxime quando a maioria da população penitenciária brasileira é formada por uma massa de jovens adultos (considerados aqui até vinte e cinco anos), a carecer do Estado brasileiro um olhar mais atento à condição de dignidade da pessoa humana. Nestas condições é possível afirmar que o sistema contempla: a) a irresponsabilidade da criança, até doze anos. B) a responsabilidade penal juvenil do adolescente, até dezoito anos. C) a imputabilidade penal com benefícios para o jovem adulto, até vinte e um anos. D) considerando a partir de vinte e um anos o adulto pleno, do ponto de vista criminal.

Tabela de imputabilidade  
Quadro comparativo da Europa

País	Idade de responsabilização juvenil	Idade de maioridade penal	Limite de idade de aplicação do direito penal juvenil a jovens adultos	Idade de Maioridade Civil
Alemanha	14	18	21	18
Áustria	14	19	21	19
Bélgica	18	18		18
Bulgária	14	18		
Croácia	14	18		
Dinamarca	15	18		18
Escócia	8	16	21	18
Eslováquia	15	18		
Eslovênia	14	18		
Espanha	14	18	21	18
Estônia	13	17	20	
Finlândia	15	18		18
França	13	18	21	18
Geórgia	14	18		
Grécia	13	18	21	18
Holanda	12	18		18
Hungria	14	18		
Inglaterra/Gales	10	18	21	18
Irlanda	12	18		18
Itália	14	18		18
Lituânia	14	18		
Noruega	15	18		18
Portugal	16	21		18
R. Tcheca	15	18		
Romênia	14	18		
Suécia	15	18		18
Suíça	7	18	25	20
Turquia	11	18	20	18

Fonte: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho Penal Juvenil Europeo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 420.

