ABORDAGEM HISTÓRICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DADO A POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL AUTORA DE ATO INFRACIONAL NO BRASIL

Iolanda Gomes Sunahara¹

Juliana Rodrigues Mendes²

Natália Silva Mazzutti Almeida³

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecem à população infanto-juvenil o princípio da proteção integral, o qual estabelece a eles uma atenção especial em função de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Neste trabalho, buscar-se-á delimitar a amplitude histórica dos mecanismos de proteção à população infanto-juvenil quando autora de ato infracional, a fim de verificar a evolução, no Brasil, dos direitos e garantias a ela assegurado, bem como os reflexos da Legislação Internacional e dos Tratados e Convenções que serviram de base de orientação na constituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traçou uma nova política criminal juvenil, e estabeleceu a mudança de paradigma no tratamento conferido a este grupo em específico, assegurando seus direitos fundamentais, que prescindiram da afirmação da sua dignidade como pessoas em desenvolvimento. Para tanto, utilizar-se-á de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, documental e histórica, e apoiar-se-á no método de pesquisa dedutivo e comparativo. Por fim, verificar-se-á que não é suficiente conferir direitos e liberdades à população infanto-juvenil se ela não tiver condições materiais para seu desfrute; e, ainda, a necessidade de garantir a efetividade dos direitos sociais, que buscam assegurar condições minimamente dignas à população infanto-juvenil não é suficiente para equilibrar as situações sociais desiguais que se assentam na base do modo de produção capitalista.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito Social. Dignidade Humana. Proteção Integral. Ato Infracional.

Introdução

No decorrer de toda a História, pelo menos a partir do Código de Hamurabi, a Humanidade buscou instituir mecanismos de proteção de direitos; e particularmente, com a Revolução Francesa, os direitos individuais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, é um momento de avanço filosófico e ético de definir a criatura humana pelos seus direitos e deveres (LIBERATI, 2012, p.20). Nesta codificação

¹ Acadêmica do 4º período do Curso de Direito da FACHIU. E-mail: iolandasunahara@yahoo.com.br.

² Acadêmica do 4º período do Curso de Direito da FACHIU. E-mail: julianarodriguesadv@hotmail.com

³ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora do Curso de Direito da FACHIU e UNITRI. E-mail: nataliamazzutti@msn.com

foram consagrados os direitos e reconhecidos os princípios mais comuns a todos os homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família e o anseio de universalização dos direitos básicos, entre os quais, o de participação e representação política. Neste trabalho, entretanto, buscar-se-á, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e histórica, e com apoio no método de pesquisa dedutivo e comparativo, delimitar a amplitude histórica dos mecanismos de proteção à população infanto-juvenil quando autora de ato infracional.

Assim, partindo da vinculação dos direitos fundamentais com a exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da Constituição Cidadã, traçar-se-á o surgimento dos direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais e abordar-se-á, sucintamente, a influência dos Tratados e Convenções Internacionais que refletiram no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo a origem dos princípios fundantes do novo paradigma garantista.

Na análise do contexto histórico brasileiro, traçar-se-á a evolução no tratamento conferido à população infanto-juvenil e identificar-se-á os avanços provocados pela Constituição Federal de 1988, com enfoque nos direitos sociais, e, na legislação especial, o tratamento conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que, por meio da Lei 12.594 de 18 de Janeiro de 2012, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando as medidas socioeducativas, sobre as quais também far-se-á uma breve análise.

1 Direitos fundamentais e sua vinculação com a dignidade da pessoa humana

Após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros direitos foram incorporados à realidade da humanidade. Sua concretização se consubstancia em uma prática que de fato garanta a todo e qualquer ser humano seu direito de pessoa humana.

A afirmação dos direitos fundamentais, na essência do que se denomina de dignidade humana, constitui o avanço do direito constitucional na atualidade, na medida em que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e que os valores mais importantes da existência do homem devem estar por ela resguardados, em razão de sua força normativa ser vinculativa para o Estado e para toda a sociedade (TEIXEIRA, 1991, p. 662).

Os direitos fundamentais delimitam o espaço de liberdade que o Estado deve respeitar e, inclusive, deve este proteger a pessoa da sua violação por terceiros em que pese estarem voltados contra o ente estatal, na qualidade de seu principal infrator.

Direitos fundamentais são normas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado democrático de direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁴.

Assim, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental e princípio normativo, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões e como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implica, nesse sentido, num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (MARMELSTEIN, 2009, p.20).

Verifica-se, portanto, indissociável, a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa e em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou pelo menos, alguma proteção da dignidade da pessoa⁵.

Nota-se, ainda, que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade, constituem dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais, inclusive sociais, que lhe são inerentes (SARLET, 2010, p. 70).

Os direitos fundamentais, por propiciarem segurança, incluem-se, também, no campo das garantias individuais. Já a ideia de garantia está inserida naturalmente na de segurança, vale dizer, quando os direitos fundamentais asseguram o seu gozo e proíbem limitações ao seu exercício, sendo, pois, instrumentos de tutela que conferem eficácia aos direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva com base no estudo de Pérez Luño afirma que Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas em instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

⁵ Nesse mesmo sentido, Kildare Gonçalves, citando DELPÉRRÉ em **O Direito à dignidade humana**, afirma que: “O conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais)”.

Rui Barbosa reconheceu que os direitos fundamentais são disposições de natureza meramente declaratória, e que as garantias, por sua vez, de índole assecuratória, garantem tais direitos de modo a evitar o arbítrio (1978, p. 121), direitos que por decorrerem da própria natureza do homem, não podem ser absolutos⁶, primeiramente porque são direitos positivados em um determinado tempo e lugar e, em segundo lugar, como afirma Konrad Hesse, citado por Sarlet (2010, p. 70), “porque as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, limitadas”, ou, melhor dizendo “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”.

Em seu aspecto material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, tipo de Estado, valores e princípios constitucionalmente consagrados, a ponto de se poder afirmar que cada Estado tem seus direitos fundamentais, isso sem esquecer que o respeito aos direitos humanos constitui-se em imposição de ordem internacional (MACEDO, 2011, p. 529).

Silva esclarece que:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (2009, pp. 286-287).

Observa-se, portanto, que os direitos sociais, foco do presente artigo, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, e devem ser assegurados a todas as pessoas, sem distinção, sendo os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam a redução das desigualdades entre as pessoas, buscando proporcionar aos indivíduos melhores condições de vida.

Especificamente, as crianças e adolescentes, por sua condição peculiar de desenvolvimento, necessitam, pois, por parte do Estado, da efetivação nas políticas públicas, para que possam se desenvolver de forma saudável e longe da delinquência.

⁶ Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 41) afirma que: “Direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. É sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas”.

2 O surgimento dos direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais e sua positivação no plano constitucional

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, conferindo ao Estado comportamento ativo na promoção da justiça social (SARLET, 2004, p.55).

Os Direitos Sociais ou de Segunda Dimensão, surgem assim, no século XX, principalmente após a Segunda Grande Guerra, e são proclamados pela primeira vez, na Constituição mexicana de 1917, impondo ao Estado a responsabilidade de garantir uma existência digna a todos os seus cidadãos⁷.

O Estado deixa, portanto, a não intervenção e assume postura oposta, para propiciar a realização do indivíduo, uma vez que não é suficiente reconhecer suas liberdades se ele não dispuser de condições materiais para seu desfrute.

No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar⁸, o que continuou nas constituições posteriores. Nessas constituições, os direitos sociais, saíram do capítulo da ordem social, que até então estivera misturada com a ordem econômica.

Somente em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, os Direitos e Garantias Fundamentais foram inscritos em título próprio. Sujeitos à lógica de eficácia direta, eles estão dispostos no Título II, e são classificados em Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, (Capítulo I); Direitos Sociais, art. 6º a art. 11 (Capítulo II), sendo eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁹, sem prejuízo de outros direitos previstos no art. 193 e seguintes; Direitos da Nacionalidade, art.12 e art.13, (Capítulo III);

⁷ Bonavides, citado por Pedro Lenza (p. 861), observa que essas Constituições – a Constituição do México, a Constituição de Weimar, de 1919 e a primeira Constituição brasileira que incorporou os direitos sociais, qual seja, a de 1934 – “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”, (aquilo que hoje se fala em “reserva do possível”, acrescente-se).

⁸ Ver: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁹ CF/88, art. 6º

Direitos Políticos, art.14 a 16, (Capítulo IV); e Direitos dos Partidos Políticos, art. 17, (Capítulo V) ¹⁰.

À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e; c) os dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Assim, a Constituição de 1988 consagrou a emenda da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, o que significa dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos. Além disso, ainda de acordo com o artigo 5º parágrafo 2º da C.F, foi cancelada, a existência de direitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, noção que abarca a revelação de direitos fundamentais implícitos subentendidos naqueles expressamente positivados.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque servindo como diretriz material tanto para fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jus fundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional), quanto para a identificação de direitos que se encontram em outras partes do texto constitucional¹¹.

3 Os Tratados, Regras e Convenções internacionais e sua influência no Sistema de Garantias de Direitos destinado à proteção da população infanto-juvenil autora de ato infracional

Considerando-se que a Constituição resguarda os valores mais importantes da existência do homem, faz-se necessário identificar os primeiros documentos, que ao longo da história, asseguraram-lhe direitos que possibilitaram afirmar sua dignidade, direitos estes que,

¹⁰ A Lei Fundamental Brasileira de 1988, ao prever direitos e deveres fundamentais, individuais e coletivos, afirma, no *caput* do seu artigo 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. A proteção à vida, à segurança, à liberdade, à propriedade, são direitos que estão sujeitos à ordem jurídica brasileira, sejam brasileiros ou estrangeiros.

¹¹ Nesse mesmo sentido, aponta Regina Maria Nery Macedo, (p.531) que “um dos setores onde se manifesta a transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz respeito à sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais”.

consagrados inicialmente no âmbito internacional, refletiram no ordenamento jurídico brasileiro e possibilitaram sua consagração no âmbito constitucional, afiançando a garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista que, apenas com o advento da teoria axiológica pôde-se compreender o lugar especial que ocupam os Direitos Humanos no sistema jurídico. São eles que constituem a base ética da vida social, e, é pelo grau de sua vigência na consciência coletiva que se pode aferir o caráter de uma civilização (COMPARATO, 1998, p.12).

Relativamente ao impacto jurídico desses Tratados internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá 1) Coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); 2) Integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; 3) Contrariar preceito do direito interno. (Nesse caso o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima, e esse critério ou princípio é consagrado não apenas pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais) (PIOVESAN, 1998, pp. 39-43).

Considerando essas três hipóteses, foram elencadas Declarações, Regras e Tratados, que ratificados pelo Brasil, refletiram no plano constitucional e infraconstitucional no que se refere ao tratamento conferido à população infanto-juvenil autora de ato infracional.

Tida como um dos principais marcos legais da garantia dos direitos de todos os cidadãos, inclusive da criança, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, foi ratificada em 10.12.1948 pelo Brasil. Dentre as principais garantias esposadas na Declaração, merecem referência à análise deste artigo as garantias de que: ninguém poderá ser preso, detido ou exilado arbitrariamente; toda pessoa terá o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei; todos são iguais perante a lei e merecem igual tratamento perante os tribunais, com a segurança de que ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constitua delito perante o tribunal, nem submetido a pena mais forte que aquela que, então era aplicada ao ato delituoso.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, em suma, um tratado de garantia e respeito à vida e à liberdade, um atributo de todo homem, constituindo, também, fundamento do direito da criança¹².

Também merece destaque a antiga Liga das Nações que firmou em Genebra, em 26.09.1924, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada e proclamada, posteriormente, pela Assembleia-Geral em 20.11.1959, por meio da Resolução 1.386 (XIV), da qual o Brasil é um dos signatários. A Declaração, condensada em 10 Princípios cuidadosamente elaborados e redigidos, afiança que a criança tem direitos à proteção especial e que devem lhes ser propiciadas oportunidades e facilidades capazes de permitir seu desenvolvimento de modo sadio e normal e em condições de liberdade e dignidade. Assegura, ainda, o direito a um nome, a uma nacionalidade a partir do nascimento e o gozo dos benefícios da Previdência Social, que incluem alimentação, habitação, recreação, assistência médica adequada, assegurando-as a criarem-se num ambiente de afeto e segurança e, sempre que possível, sob os cuidados e a responsabilidade dos pais; confere-lhes o direito de receber educação e assegura sua prioridade em receber proteção e socorro em caso de calamidade pública, protegendo-as contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração e contra todos os atos que possam dar lugar a qualquer forma de discriminação.

Em especial, a Declaração firma o pressuposto da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da criança em decorrência de sua imaturidade física e mental, necessitando de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 01.12.1966, foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 e aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991.

Com força normativa interna também privilegiou a proteção à infância, reafirmando a garantia de reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, assegurando medidas de proteção ao menor, medidas estas requeridas por parte de sua família, da sociedade e do Estado, garantindo, ainda, que toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome, além de ter direito a uma nacionalidade.

¹² Flávia Piovesan (1998, pp. 25-26) esclarece que: “a Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de Direitos Humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade”.

Da mesma forma, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil/Regras Mínimas de Beijing que foram apresentadas para uma primeira discussão em 1980, durante o 6º congresso das Nações Unidas, podendo ser divididas em duas grandes partes, apresentam o mesmo objetivo, qual seja, o de assegurar a proteção aos direitos fundamentais do jovem infrator. Na primeira parte estão as recomendações dirigidas aos Estados-Membros com o objetivo de criar, eficazmente, novos meios para a proteção e a reinserção social dos jovens infratores; na segunda são enunciadas as regras de proteção do jovem diante das instâncias de julgamento relacionando os princípios gerais que devem ser seguidos pela Justiça e as garantias asseguradas aos jovens infratores.

Em especial, as regras propõem novos meios de atendimento, em particular medidas substitutivas àquelas de privação de liberdade, recomendando garantias no processamento judicial e novas medidas de tratamento, com ênfase na substituição das medidas privativas de liberdade. Essas recomendações referem-se, especificamente, às garantias dos direitos fundamentais do jovem nas fases de investigação e processamento e aos novos tratamentos preconizados.

Embora não traduzam força normativa¹³ no Brasil, as Regras foram base de orientação na constituição do Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de política criminal juvenil, oferecendo subsídios e princípios modernos que privilegiam o respeito aos direitos fundamentais e a proteção social de uma parcela da população que está em um momento peculiar de desenvolvimento de sua existência (LIBERATI, 2012, p.26).

Por fim, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil/Diretrizes de Riad, por meio da Resolução 45/112, de 14.12.1990, elaborou um projeto para a prevenção da delinquência juvenil, visando a sua aprovação, e reconheceu ser necessário estabelecer critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para prevenir a delinquência juvenil, dando ênfase às atividades de assistência e cuidado e à participação da comunidade, por meio da efetivação dos seguintes princípios fundamentais (LIBERATI, 2012, p. 27):

1 – A prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas, socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não criminais.

2 – Para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos

¹³ Sobre a força normativa dos tratados, cf.: MAZZUOLI, 2001, pp. 63-94. PIOVESAN, 2000, pp. 148-152. SHECAIRA, 2008, pp.47 e ss.

adolescentes, esforços, esses, que respeitem e promovam a sua personalidade, a partir da primeira infância.

3 – Na aplicação das Diretrizes, os programas preventivos devem estar centrados no bem-estar dos jovens, desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais.

4 – É necessário que se reconheça a importância da aplicação de medidas progressistas de prevenção da delinquência, que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento nem prejudique os demais.

5 – Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade, para a prevenção da delinquência juvenil. Só em último caso se recorrerá a organismos mais formais de controle social.

As Diretrizes de Riad, que representam visível destaque norteador na elaboração do ECA, não tiveram força normativa internamente. Contudo, contribuíram para firmar que a família, como espaço para recuperação e reintegração do jovem, inclusive em meios de comunicação, a política social, a estruturação administrativa e legislativa da justiça infanto-juvenil, bem como o planejamento das ações e a adoção tanto de políticas quanto de coordenação nos diversos níveis de atendimento, são imprescindíveis para minimizar os índices da delinquência infanto-juvenil.

Para a aplicação da Regra são consideradas as seguintes definições:

- a) Criança ou adolescente é qualquer pessoa que tenha menos de 18 anos. A idade-limite abaixo da qual não deve ser permitida privar uma criança de liberdade deve ser fixada em lei.
- b) Privação de liberdade significa qualquer forma de detenção, de prisão ou a colocação de uma pessoa, por decisão de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública, num estabelecimento público ou privado do qual essa pessoa não pode sair, por sua própria vontade.

Além de relembrar um arcabouço de direitos e garantias pessoais prescritos nas Declarações e Tratados anteriores, a Convenção inova no sentido de, além de completá-los, trazer consigo a natureza coercitiva de seus mandamentos e exigir de cada Estado-Membro uma posição definida, incluindo mecanismos de controle para verificação do cumprimento de suas disposições e obrigações.

O princípio fundamental da Convenção é aquele que dispõe que o melhor interesse da criança será sempre o de maior consideração, ou seja, que sua opinião será devidamente considerada.

Diante das inovações trazidas pelas Declarações, Regras e Tratados Internacionais no âmbito dos direitos humanos, assevera Bobbio, que:

[...] só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e

superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado, que é ainda a característica predominante da atual fase, para a garantia contra o Estado (2004, pp.39-40).

Nesse sentido, os Estados-Membros se obrigam a adaptar suas legislações, no sentido de tornarem eficazes as medidas de proteção, possibilitando, com os mecanismos de controle, sua fiscalização.

4 A evolução dos direitos e garantias positivados no âmbito constitucional e infraconstitucional brasileiro que possuem por destinatário a população infanto-juvenil autora de ato infracional

No âmbito nacional, a gestão do documento da Convenção de Riad foi o início de um movimento popular no Brasil que mobilizou a sociedade, com o fim de incorporar na Constituição Federal as discussões sobre o melhor interesse da criança.

Posteriormente, com a implantação da Assembleia Nacional Constituinte, as emendas populares que idealizaram o surgimento da Doutrina de Proteção Integral foram incorporadas ao texto constitucional, materializando-se nos arts. 204 e 227 e, posteriormente, na promulgação da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito histórico das codificações brasileiras, a Constituição do Império, de 1824, e a primeira Constituição da República, a de 1891, foram completamente omissas e não se preocuparam em estabelecer qualquer proteção à infância.

Entretanto, merecem referência o Código Criminal de 1830, promulgado pelo Império, e o primeiro Código Penal da República, de 1890, onde constam as primeiras referências sobre a responsabilidade penal de menores de 21 anos de idade.

Pelo Código Criminal do Império, os menores de 14 anos estavam isentos da imputabilidade pelos seus atos considerados criminosos. Os infratores que tinham menos de 14 anos e que tinham discernimento sobre o ato cometido eram recolhidos às Casas de Correção até que completassem 17 anos. Entre 14 e 17 anos estariam os menores sujeitos à pena de cumplicidade (dois terços da que cabia ao adulto infrator), e os maiores de 17 e menores de 21 anos gozavam de atenuante da menoridade.

O Código Penal da República, promulgado em 11.10.1890, declarou a irresponsabilidade de pleno direito dos menores de 9 anos de idade, que não seriam considerados criminosos e declarou que também os maiores de 9 e menores de 14 anos que

tivessem praticado os atos delituosos com discernimento, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz julgasse conveniente, desde que não excedesse os 17 anos de idade; era obrigatória a imposição da pena de cumplicidade ao maior de 14 e menor de 17 anos, mantendo-se também a atenuante da menoridade.

Assim, tinha início o controle formal sobre os menores de rua e, apesar do Código de 1890 cogitar prisões especiais para jovens e crianças, elas não foram fundadas. Conviviam nas mesmas selas, menores com adultos criminosos, o que transformava as casas de detenção em verdadeiras escolas do crime. Nascia, então, a ideia do menor carente, abandonado e infrator, como menor marginalizado (PRIORE, 2007, p. 12).

A teoria adotada pelos dois Códigos era a do Discernimento, porém esta sofreu diversas investidas e entre as várias modificações sofridas pelo Código Penal da República, ressalta-se aquela produzida pela Lei 4.242, de 04.01.1921, que eliminou o critério do discernimento e passou a considerar o menor de 14 anos totalmente isento de responsabilidade penal e, conseqüentemente, não podendo ser processado por atos considerados delituosos. Outro marco importante foi a criação do primeiro Juízo Privativo de Menores, em 1924, tendo como seu titular o Dr. José Cândido Albuquerque Mello Mattos, que, além de ter criado vários estabelecimentos de assistência e proteção à infância, organizou o Código de Menores que também ficou conhecido por “Código Mello Mattos” (Decreto-Lei 17.943-A, 1927).

A nova postura legislativa classificou os menores de 18 anos em “abandonados” e “delinquentes”. Os delinquentes, com idade superior a 14 anos, não eram submetidos a processo penal, mas a um processo especial de apuração de sua infração. Determinava que a intervenção estatal objetivasse a proteção, a prevenção e a reeducação do infrator, não impedindo que, para atingir o fim colimado, lhe fosse aplicada medida de privação de liberdade travestida de institucionalização.

A medida de internação ao delincente era imposta por todo o tempo necessário a sua educação e destinava-se tanto à criança abandonada, que precisava de um lar, quanto ao adolescente autor de ato infracional, independente de ser ele perigoso ou não. Bastaria que a criança ou adolescente estivessem num “grupo de risco” para que o juiz autorizasse a aplicação da medida.

O processo não contemplava a garantia da ampla defesa e do contraditório, e tampouco a manifestação do Ministério Público.

Com o Código Mello Matos instituiu-se a “ação social do Juízo de Menores”, considerada um “diferencial” entre os magistrados, que preferiram desempenhar uma função

mais voltada para o “social”, cuja prática permaneceu vigorosa até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que privilegiou o aspecto jurídico.

Em 07.12.1940 entrou em vigor o novo Código Penal, que fixou a responsabilidade penal aos 18 anos de idade (CP, art. 27, 1940), posição esta, que alterou o Código de Menores de 1927, e se mantém inalterada até os dias atuais.

Outro fator que merece ser lembrado é a criação do Serviço de Assistência a Menores/SAM (Decreto-lei 3.799, 1941), que tinha o objetivo de “proteger” os menores “desvalidos” e “infratores” de todo o País, centralizando a execução de uma política corretivo-repressivo-assistencial de âmbito nacional.

O SAM foi criado para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz, tornando-se mais um administrador de instituições, que de fato, uma política de atendimento ao infrator. Neste intento, o SAM funcionava mais parecido com um sistema prisional, convertendo as disfarçadas “internações” em verdadeiras penas privativas de liberdade, e o que mais chamava atenção em suas atividades era a naturalidade com que se internavam as crianças e adolescentes. O indicador da institucionalização estava na classe social, na pobreza, na miséria, na falta de condições psicológicas e carência assistencial dos pais.

Na verdade, a autoridade judiciária aplicava a medida de internação por falta de outras mais eficientes que pudessem “tirar de circulação” aquele menor indesejado.

Entretanto, o SAM fracassou, por não conseguir cumprir sua finalidade, sobretudo, por ter uma estrutura inadequada e por não ter autonomia administrativa e financeira. Seu erro maior foi aplicar métodos inadequados no atendimento às crianças, proporcionando revolta naqueles que deveriam ser orientados (LIBERATI, 2012, p. 45).

A criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor/FUNABEM (Lei 4.513, 1964), incorporando o patrimônio e as atribuições dos serviços de Assistência a Menores/SAM, foi a solução encontrada para responder aos apelos das elites, frente ao problema da infância, agravados pelo SAM.

O início das atividades da FUNABEM coincide com a implantação do Governo Militar de 1964, que decide enfrentar o drama da criança brasileira como um problema social e, por conseguinte, integrado aos preceitos da segurança nacional. Com essa ideologia, o Governo cria a Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

A principal tarefa da FUNABEM era difundir a nova política de atendimento à infância, que estabelecia a centralização dos programas e iniciativas em favor da criança e do adolescente, generalizando a concepção de que o problema do menor era assunto do Estado.

A Política Nacional do Bem-Estar do Menor e a própria FUNABEM foram instrumentos de controle da sociedade civil. A FUNABEM era considerada entidade normativa e tinha sua ramificação nos Estados e Municípios, por meio das Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor/FEBEM (hoje, Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente/Fundação CASA).

A Lei que dispunha sobre o Código de Menores (Lei 6.697, 1979), recepcionou o sistema da FUNABEM, agora vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (Decreto-Lei 74.0000, 1974), e também à Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

Com este Código de Menores inaugurou-se uma nova visão sobre o problema do menor: a da “situação irregular”. Este tema foi objeto dos comentários de Paulo Lúcio Nogueira (1998, p. 13). Para ele, as situações irregulares eram definidas como “situação de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade [...]”, sendo a situação irregular do menor, em regra, uma consequência da situação irregular da família, principalmente nos casos de desagregação familiar.

O Código revogado não passava de um Código Penal do Menor, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos (LIBERATI, 2012, p. 48).

Além da ofensa ao direito de ir e vir, as medidas aplicadas agrediam o princípio da legalidade, vez que a criança ou o adolescente, na maioria das vezes, não praticavam qualquer ato ilícito, e mesmo assim eram condenados à institucionalização, com a privação da liberdade.

Na segunda metade da década de 80 do século passado houve intensa articulação de movimentos populares que buscaram orientação e subsídios nos documentos internacionais visando a um melhor e mais adequado atendimento à nossa infância.

O estudo da Convenção sobre os Direitos da Criança fez mobilizar a sociedade civil, e seus princípios básicos materializaram-se no art. 227 da CF promulgada em 05.10.1988, consagrando a Doutrina de Proteção Integral, cujo alicerce é baseado “nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral”.

A partir do advento desta Convenção, caracterizou-se uma nova fase ainda não reproduzida em todos os países do continente (MENDEZ, 2000, pp. 7-10). No Brasil este novo período se expressa na legislação brasileira através da Constituição Federal de 1988 e, no âmbito infraconstitucional, em 1990, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se da consolidação da legislação internacional, com influência gradativa nas Constituições dos vários países da “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”, numa perspectiva de prover direitos fundamentais.

5 Os reflexos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente na política criminal infanto-juvenil

Além de reconhecer às crianças e adolescente sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, a Constituição Federal de 1988, ao positivizar direitos sociais, busca a efetivação de outra realidade social para esta parcela da população, tratando deste assunto, de modo específico, nos artigos 227 e 228.

O art. 227 da Constituição Federal foi regulamentado, no âmbito infraconstitucional, após a promulgação, em 13.07.1990, da Lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dados da UNICEF (www.unicef.org/brazil/pt/) indicam que o Brasil possui cerca de 60 milhões de pessoas com menos de 18 anos de idade e destes, 21 milhões são adolescentes, e de acordo com o *levantamento estatístico* da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (www.defensoria.sp.gov.br), realizado no ano de 2010, cerca de 17.703 adolescentes estão em restrição e privação de liberdade, estando 12.041 em internação, 3.934 em internação provisória e 1.728 em medidas de semiliberdade, o que requer, portanto, o desenvolvimento de políticas de atendimento dentro de uma rede integrada, que possibilite, sobretudo, dar efetividade ao Sistema de Garantias de Direitos.

Considerando-se esses dados, averigua-se, portanto, num primeiro momento, que o arcabouço de leis voltadas à população infanto-juvenil não são suficientes para neutralizar as causas do crime, tendo em vista que, não é suficiente conferir direitos e liberdades à população infanto-juvenil se ela não tiver condições materiais para seu desfrute.

O marco diferencial que consagrou o ECA foi a mudança de paradigma. Antes se considerava a criança e o adolescente como “objeto de medidas judiciais e assistenciais”;

agora, a criança e o adolescente são considerados “sujeito de direitos”, e devem ser respeitados na sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que gozam de prioridade absoluta no atendimento de seus direitos.

A Constituição Federal preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227, 1988).

Também a prioridade absoluta só pode ser identificada no caso em concreto levando-se em consideração sua interpretação sistêmica, e como disposto no ECA, o princípio da prioridade absoluta corresponde à primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, à precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, à preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e à destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude (ECA, art. 4º, 1990).

Respeito e prioridade absoluta, no contexto aqui proposto, em relação às crianças e adolescentes, podem ser entendidos como respeito à condição de pessoa, que veio ao mundo a partir do seu ponto de vista etário e sociocultural. E, em última instância, respeito aos seus direitos fundamentais. São, portanto, detentores de todos os direitos que têm os adultos, desde que sejam aplicáveis à sua idade, e mais direitos especiais que decorrem precisamente do seu estatuto ontológico próprio de “pessoa em condição peculiar de desenvolvimento” (COSTA, 2010, p.59).

Dessa forma, o ECA, regulamentando os artigos 227 e 228 da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais, criou regime jurídico em que o adolescente foi elevado à dignidade de responder por seus atos.

O método inquisitorial dá lugar ao sistema garantista constitucional do devido processo legal, assegurando à criança e ao adolescente sua condição de sujeitos especiais de direito, e respeitando-os como sujeito de seus atos, por meio do reconhecimento de sua capacidade de ser responsabilizado (SÁ, 2010, p. 98).

De forma igual, a doutrina da ONU deixa claro que a educação para a cidadania exige que o adolescente se conscientize de sua responsabilidade social, tendo o direito de ser julgado por autoridade imparcial e independente, num devido processo, sempre que acusado de conduta penalmente reprovada. Na chamada delinquência juvenil, a nova posição é realista

e científica. Reconhece que jovens penalmente inimputáveis, cometendo crimes, por eles devem ser responsabilizados, o que resulta pedagógico e corresponde à necessidade do controle social (AMARAL E SILVA, 1992, pp. 202-203).

Mas além de reconhecer e assegurar direitos à população infanto-juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas em casos de cometimento de Ato Infracional por parte dessa parcela da população, entendendo-se por Ato Infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (ECA, art. 103, 1990).

A contravenção penal é toda infração tipificada em lei que, sendo menos grave que o crime, é apenada mais brandamente, e o crime, num aspecto material, é todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social; e, num aspecto formal, o crime é mera subsunção da conduta ao tipo legal. Portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador escrever como tal, pouco importando seu conteúdo (CAPEZ, 2008, p.113).

O crime é um fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável. Verifica-se, portanto, ser impossível o cometimento de crime por parte da população infanto-juvenil, uma vez que, a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade que é um elemento do crime, e dispendo a Lei Penal que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (CP, art. 27, 1940), qual seja, ECA, não há configuração de crime: o adolescente comete ato infracional.

6 Das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e Adolescente

Em relação à intervenção do Estado estipulada pelo ECA como resposta à prática de ato infracional cometido por menores de 18 anos, convém lembrar que à criança, pessoa até doze anos de idade incompletos (ECA, art. 2º, 1990), que comete ato infracional, será imposta medidas de proteção (ECA, art. 101, 1990), cuja competência é do Conselho Tutelar¹⁴ e da Autoridade Judiciária; e ao adolescente, aquele entre doze e dezoito anos de idade (ECA, art. 2º, 1990), além das medidas de proteção, poderão, também, ser atribuídas medidas socioeducativas (ECA, art. 112, I, II, III, IV, V, VI), cabendo à autoridade competente aplicar as medidas descritas após verificada a prática do ato infracional. São elas: 1) a advertência: medida que tem como finalidade inculcar no menor a mudança de seu comportamento

¹⁴ Os Conselhos Tutelares foram criados com a promulgação do ECA. São órgãos permanentes e autônomos, de natureza não-jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes.

negativo. Tem natureza sancionatório-punitiva, com retribuição ao ato infracional praticado, vez que “será aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria” (ECA, art. 114, p.u.). A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada, sendo aplicada pelo juiz no processo de conhecimento (ECA, art. 115, 1990); 2) a obrigação de reparar o dano em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais; a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outra forma, compense o prejuízo à vítima (ECA, art. 116, 1990); 3) a prestação de serviço à comunidade: medida que possui natureza sancionatório-punitiva e, também com grande apelo comunitário e educativo. Ao adolescente valerá como experiência na vida comunitária, de aprendizado de valores e compromissos sociais (ECA, art. 117, 1990); 4) a liberdade assistida: “adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente” (ECA, art. 118, 1990). É uma das alternativas que tem a autoridade à privação de liberdade e à institucionalização do infrator. É, no entanto, medida coercitiva que impõe ao adolescente uma obrigação – ou seja: o adolescente está obrigado a se comportar de acordo com a ordem judicial. Na realidade, a medida concretiza-se pelo acompanhamento do infrator em suas atividades sociais (escola, família, trabalho); 5) a inserção em regime de semiliberdade: este regime caracteriza-se pela privação parcial da liberdade do adolescente considerado autor de ato infracional. A ele pode ser imposta tal medida pela autoridade judiciária, por sentença terminativa do processo, observado o devido processo legal (ECA art. 120, 1990). A sua execução deve prever programas e espaços diferenciados para adolescentes com progressão da medida e adolescentes oriundos de primeira medida; 6) a internação em estabelecimento educacional: constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (ECA, art. 121, 1990). A medida de internação é a mais grave e a mais complexa das medidas impostas aos adolescentes infratores, porque impõe grave limitação à liberdade do adolescente. A restrição do direito fundamental de liberdade somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária, após o transcurso do devido processo legal, com as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Pelo princípio da brevidade (LIBERATI, 2012, p. 131), entende-se que a internação deverá ter tempo determinado para sua duração: o mínimo de seis meses e máximo de três anos (ECA, art. 121, §§2º e 3º, 1990). A exceção estabelece o período máximo de três meses de internação nas hipóteses de descumprimento reiterado e injustificável da medida anterior

imposta: é a chamada internação-sanção; o mínimo, neste caso, fica a critério do juiz (ECA, art. 122, § 1º, III, 1990).

O princípio da excepcionalidade (LIBERATI, 2012, p. 132) informa que a medida de internação somente será aplicada se for inviável ou malograr a aplicação das demais medidas. Vale salientar que a medida de internação será necessária naqueles casos em que a natureza da infração e o tipo de condição psicológica do adolescente fazem supor que sem seu afastamento temporário do convívio social a que está habituado ele não será atingido por qualquer medida restauradora ou pedagógica, podendo apresentar, inclusive risco para comunidade.

Pelo princípio do respeito ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (LIBERATI, 2012, p. 133), o Estatuto reafirma que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar todas as medidas de contenção e segurança (ECA, art. 125, 1990).

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr. (1995, p. 60), sustentam que “a pena privativa de liberdade constitui-se em um legítimo limite imposto pelo Poder Público àqueles que utilizam mal seu direito de ir, vir ou permanecer. É uma consequência jurídica aplicada ao infrator”.

Nesse sentido, observa-se que o ECA é enfático ao determinar que nenhum adolescente poderá ser privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (ECA, art. 106, 1990).

A medida de internação deve ser aplicada quando “tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento das infrações graves” e “por descumprimento reiterado e injustificável da medida anterior imposta” (ECA, art. 122, I, II e III, 1990).

A internação poderá ser substituída, a qualquer tempo, por medida socioeducativa em meio aberto ou em semiliberdade, desde que o tempo de internação, os elementos, a gravidade da infração e a personalidade do adolescente indiquem ser recomendável a conversão.

Além disso, a medida de internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daqueles destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critério de idade, compleição física e gravidade da infração (ECA, art. 123, 1990).

Quanto à aplicação, execução e atendimento das medidas socioeducativas, é imprescindível a observância do princípio previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei”. Logo, os agentes públicos não podem suprimir direitos que não tenham sido objeto de restrição imposta por lei ou decisão proferida por juiz competente, decisão esta que também deve respeitar as disposições legais, tendo em vista que o próprio ECA dispõe de normas que responsabilizam o agente e a administração, caso incidam em posturas autoritárias e contrárias à lei.¹⁵

Quando se trata do direito à liberdade, soma-se a ele o princípio da tipicidade fechada, pelo qual a lei deve descrever minuciosamente e taxativamente todas as possibilidades de restrição de direito, vedando-se a interpretação extensiva ou a analogia que implique em qualquer cerceamento de direito além da previsão legal. Dessa forma, não se pode, por exemplo, utilizar a interpretação extensiva ou a analogia para impor ao adolescente tratamento mais gravoso do que o dispensado ao adulto.

Entretanto, a finalidade proposta pelo ECA é a de assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, respeitando, sobretudo, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, garantindo o pleno reconhecimento dos direitos individuais do infrator, consagrados na Constituição Federal de 1988 e, destinado a todos os cidadãos, não sendo admitida outra forma de apuração do ato infracional que não seja a do devido processo legal, instituindo a obrigatoriedade da defesa técnica por profissional habilitado, ou seja, o advogado, com assistência judiciária gratuita e integral, sendo informado para que tenha pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente, com igualdade na relação processual, podendo inclusive produzir qualquer tipo de prova, tendo o direito de ser ouvido, pessoalmente, pela autoridade competente, podendo solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Visando concretizar os avanços contidos no ECA e contribuir para efetiva cidadania dos adolescentes em conflito com a lei, foi publicada em 18.01.2012, a Lei 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. Enquanto sistema integrado, articula os três níveis de governo para o desenvolvimento desse programa de atendimento, considerando a intersetorialidade e a co-responsabilidade da família, da comunidade e do Estado. Esse mesmo sistema estabelece ainda as competências e responsabilidades dos

¹⁵ Entre os artigos do ECA que dispõe de normas que responsabilizam o agente e a administração, caso incidam em posturas autoritárias e contrárias à lei estão os artigos 230 a 236 e 246 do ECA.

conselhos de direitos da criança e do adolescente, que devem sempre fundamentar suas decisões em diagnósticos e em diálogo direto com os demais integrantes do Sistema de Garantia de Direitos, tais como o Poder Judiciário e o Ministério Público (SINASE, 2006).

A nova legislação traça uma série de inovações em relação às medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente autor de ato infracional, traçando políticas públicas destinadas à inclusão dos adolescentes em conflito com a lei e servindo como fonte de produção de dados e informações que favorecem a construção e o desenvolvimento de novos planos, políticas, programas e ações para a garantia de direitos de todas as crianças e adolescentes, reduzindo-se as vulnerabilidades e a exclusão social a que muitos estão expostos.

Considerações Finais

A legislação brasileira que dispõe sobre a proteção à população infanto-juvenil sofreu uma intensa influência de Tratados, Regras e Convenções que, ratificados pelo Brasil, refletiram diretamente na Constituição de 1988 e na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo parâmetros de garantia de direitos ou de procedimentos, principalmente quando se tratavam de indicações referentes à prevenção ou diminuição da criminalidade infanto-juvenil.

Ao enumerar direitos, estabelecer princípios e diretrizes da política de atendimento, definir competências e atribuições gerais e dispor sobre os procedimentos judiciais que envolvem crianças e adolescentes, a Constituição Federal e legislações infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente instalaram um sistema de “proteção geral de direitos”, cujo intuito é a efetiva implementação da Doutrina de Proteção Integral denominada Sistema de Garantias. Nele incluem-se princípios e normas que regem a política de atenção a crianças e adolescentes, cujas ações são promovidas pelas esferas do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e pela sociedade civil.

A Constituição de 1988 e o ECA representam, indubitavelmente, um avanço laudável em relação às legislações brasileiras anteriores, mas ainda assim, carecem de efetiva implementação.

No entanto, garantir a efetividade dos direitos sociais, que visam a redução das desigualdades sociais, assegurará condições minimamente dignas à população infanto-juvenil,

mas não será suficiente para eliminar as situações sociais desiguais que se assentam na base do modo de produção capitalista.

Dessa forma, ao tratar igualmente crianças e adolescentes e lhes conferir a condição de sujeitos especiais de direitos, enfocando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o direito nivela sujeitos desiguais, sem igualar suas condições, desconsiderando, pois, as diferentes realidades sociais a que cada um está exposto, e camuflando as estruturas sociais por meio de normas aparentemente justas.

Mas, ainda, considerando-se as possibilidades existentes diante dos limites impostos pelo modelo socioeconômico vigente, e que a prevenção não pode desvincular-se da gênese do fenômeno criminal, é necessário adotar um conjunto de medidas que possam efetivamente prevenir a criminalidade, e somente em último caso, punir os delinquentes. É necessário promover, dentro desses limites, no âmbito da prevenção primária, o investimento em direitos e garantias fundamentais, que visem assegurar sua dignidade, tendo em vista que, por mais que nem todos os direitos fundamentais apresentem fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sem que se reconheça à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são intrínsecos, estar-se-á negando sua própria dignidade.

Dessa forma, deve-se investir em áreas como educação, moradia, trabalho e políticas cultural, social e econômica que alterem positivamente a qualidade de vida e que sejam capazes de neutralizar as causas do crime antes que ele se manifeste.

A prevenção secundária opera-se a curto e em longo prazo, e orienta-se para determinados setores da sociedade, como grupos e subgrupos que ostentam maior risco de protagonizar o problema criminal e conecta-se à política legislativa criminal e com a ação policial, no sentido de prevenção, controle dos meios de comunicação, ordenação urbana e desenho arquitetônico urbano, dentre outros.

Por fim, no âmbito da prevenção terciária deve-se investir em programas de ressocialização que possibilitem a recuperação do indivíduo.

Nesse sentido, o SINASE – sistema nacional que inclui os sistemas estaduais, distrital e municipal, bem como todos planos e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei, e cuja implementação objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos Direitos Humanos – traça políticas públicas destinadas à inclusão dos adolescentes em conflito com a lei e, sendo fonte de produção de dados e informações que favorecem a construção e o desenvolvimento de novos planos,

políticas, programas e ações para a garantia de direitos de todas as crianças e adolescentes, reduz as vulnerabilidades e a exclusão social a que muitos estão expostos.

São necessárias, portanto, uma série de medidas que, conjuntamente possam evitar, prevenir e reduzir a criminalidade e, em última instância, promover a ressocialização da população infanto-juvenil, sem se olvidar, em momento algum, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a específica realidade social a que estão expostos.

The incidence of Fundamental Rights and Guarantees in the treatment granted by the Brazilian Legal System to the juvenile population author of offense

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent recognize the juvenile population the principle of full protection which states that they should pay special attention due to its status as a developing person. This work will seek to delimit the range of historical mechanisms to protect the juvenile population as the author of an offense, in order to check the evolution, in Brazil, the rights and immunities secured to them, as well as reflections International Law and Treaties and Conventions that served as the basis for guidance in setting up the Statute of Children and Adolescents, which outlined a new juvenile criminal policy, and established the paradigm shift in the treatment given to this group in particular, ensuring their fundamental rights which waived the assertion of their dignity as people in developing. To do so, it will use a research methodology literature, documentary and historical, and support will be the deductive method of research and comparative and will verify that it is not sufficient to confer rights and freedoms to the juvenile population if it has no material conditions for their enjoyment and ensuring the effectiveness of social rights that ensure minimally decent conditions to the juvenile population will not be enough to balance the unequal social situations that sit at the base of the capitalist mode of production.

Key-words: Fundamental Right. Social Law. Human Dignity. Full Protection. Offense.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. Jurisprudência Catarinense, n. 20 (70), 2º. trim. de 1992.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

_____. Código Penal. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição/Direito Constitucional Positivo**. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Ana Paula Mota. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (organizadores) **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2011.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. In: Munir Cury (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 13. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e Ato infracional: Medida Socioeducativa é pena?** 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACEDO, Regina Maria Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.

MOLINA, Antônio García Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. São Paulo: Saraiva, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4º ed. São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRIORE, Mary Del. Adolescentes de ontem. **Mente e cérebro**. São Paulo: Duetto, edição nº 4, 2007.

SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (organizadores) **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2011.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Criminologia**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução**. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Levantamento estatístico. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/LEVANTAMENTO%20ANUAL%20OFICIAL%202010.pdf>> Acesso em 11 de maio de 2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TIMM, Luciano Benneti. **Qual a maneira mais eficiente de prover Direitos Fundamentais? Uma perspectiva de Direito e Economia** In: Sarlet, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benneti (organizadores) **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNICEF. Infância e juventude no Brasil. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/PT/activities.html>> Acesso em 11 de maio de 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1: parte geral**, 7ª ed. rev. e atual. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.