

# Contextualização, concepção, regência principiológica e desafios ético-políticos do processo de apuração do ato infracional

*Eduardo Rezende Melo*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no estado de São Paulo

**Sumário:** 1. A construção histórica e os dilemas sociais da justiça juvenil no Brasil e no mundo. 2. Os princípios regentes do processo de apuração de atos infracionais no Brasil. 3. Como correlacionar as garantias processuais com o caráter socioeducativo das medidas. 4. Os desafios da imparcialidade à atuação judicial. Referências bibliográficas.

**Resumo:** este texto, elaborado para curso de formação, contextualiza a construção do modelo brasileiro de organização da justiça e de processamento da apuração de atos infracionais, tanto numa perspectiva histórica (diacrônica) como comparativa (sincrônica), para avaliar os impactos para adolescentes em conflito com a lei, identificando, dentre os princípios regentes do processo de apuração de atos infracionais no Brasil, os traços fundamentais do modelo brasileiro e propondo diretrizes de compreensão da correlação entre as garantias processuais com o caráter socioeducativo das medidas. Nesse contexto, reflete sobre os desafios de imparcialidade por parte do juiz, seja diante do clamor educativo, seja diante do clamor corretivo, seja diante das disparidades sociais deste país.

**Palavras-chave:** atos infracionais; garantias processuais; socioeducação; justiça juvenil.

## 1. A construção histórica e os dilemas sociais da justiça juvenil no Brasil e no mundo

Sistema de Justiça Juvenil é o termo utilizado internacionalmente para designar “a legislação, as normas e regras, os procedimentos, os mecanismos e as disposições aplicáveis especificamente a adolescentes considerados infratores e às instituições e órgãos criados para ocupar-se deles” (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

A existência de um segmento específico da Justiça para ocupar-se da delinquência juvenil é um fenômeno historicamente recente, datando de 1899 o surgimento, em Illinois, nos EUA, do primeiro Tribunal de Menores (PLATT, 1974)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Pós-doutorando na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas na Universidade Nova de Lisboa, Portugal, na linha Direitos, Políticas e Justiça; doutor em Direito pela USP; mestre em Filosofia pela PUC/SP; mestre em Estudos Avançados de Direitos da Infância pela Universidade de Friburgo/Suíça; coordenador da área da Infância e Juventude na Escola Paulista da Magistratura; pesquisador colaborador do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Democracia e Memória”, do Instituto de Estudos Avançados (IEA) da USP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3281366731113070>; <https://orcid.org/0000-0003-3779-1814>

<sup>2</sup> Platt aponta que há alguma disputa sobre o primeiro estado a criar um tribunal especial para menores, indicando que Massachusetts e Nova Iorque passaram leis em 1874 e 1892, mas reconhece-se que o de Illinois foi tomado como um modelo de

Essa iniciativa de especialização institucional foi tributária de um processo social mais amplo, conjugando fatores econômicos (uma crescente industrialização e urbanização, com mudanças no sistema produtivo, na divisão e forma do trabalho, no sistema de circulação, na congruência entre sistemas produtivos e reprodutivos, demandando estratégias de controle social) (QVORTRUP, 2001; 2005), representações sobre os fundamentos político-jurídicos da vida em sociedade (com deslocamento da visão contratual liberal em favor da emergência da solidariedade na partilha dos riscos advindos do novo modelo socioeconômico, criando-se o direito social) (EWALD, 1994) e representações sociais da infância, da família e das relações de cuidado (com uma “domesticação”, privatizante, da vida da criança e de uma demonização de sua presença no espaço público, numa dicotomia entre o problema social das crianças e as crianças como problemas sociais) (MELO, 2011).

A leitura positivista dos fenômenos sociais pelo risco que, em termos criminológicos, voltava os olhos aos anormais<sup>3</sup>, a uma visão determinista dos comportamentos humanos e à primazia de uma leitura naturalizadora da delinquência (o comportamento é delinquencial e não entendido como tal porque descrito assim pela lei), quando associada à visão das crianças e adolescentes como inocentes e puros, que deveriam ser “salvos” das influências maléficas da sociedade para que não fossem corrompidos, deram emergência no século XIX aos “salvadores de crianças”. Essa salvação não podia dar-se com os recursos religiosos, da caridade e misericórdia, mas com intervenções supostamente científicas, “terapêuticas”, nos reformatórios, em nome do bem-estar do todo da comunidade. A supervisão constante das cidades, retirando-as dos contextos “perniciosos” (PLATT, 1974), é o que ligava, naquele então, a associação entre natureza (as propensões naturais) e criação (nature x nurturance), crendo que os delinquentes poderiam ser convertidos em cidadãos do bem, com base em sentenças indeterminadas, e ao preço das liberdades civis. Os reformatórios pautavam-se pelos princípios da separação dos jovens das influências corruptoras dos adultos; a remoção dos delinquentes de seus ambientes, devendo ser detidos para seu próprio bem, com a intenção de reformá-los e não de puni-los; a indeterminação das sentenças serviria para encorajar os adolescentes a cooperar em sua própria reforma; o trabalho reforma, junto com valores morais de prudência, disciplina (PLATT, 1974, p. 54).

Esse movimento associou a empresa moral, sobretudo feminina, de prover o bem-estar das crianças, em movimentos salvacionistas, com uma concepção da justiça que equiparava o juiz ao pai de família. A doutrina do *parens patriae* torna-se o emblema desse modo que viria a ser chamado de bem-estar (welfare model) ou, em toda a América Latina, de situação irregular: ele legitimaria a intervenção discricionária do juiz na resolução dos problemas dos jovens menos afortunados, concebe a intervenção como assistencial e diretiva, e não como punitiva, prescinde-se da assistência jurídica em nome da benevolência da atuação judicial, em procedimentos informais, admite-se a intervenção em situações não caracterizadas como delitivas para adultos (como evasão escolar, comportamentos disruptivos - as “status offences” no direito anglo-saxão) em nome da prevenção do desenvolvimento delinquencial (PLATT, 1974; LONDOÑO, 1996).

---

lei que se espalhou rapidamente pelo país, de modo que em 1917 apenas três estados não possuíam uma Justiça especializada. Outros autores sustentam que a primeira corte juvenil foi instalada na Austrália.

<sup>3</sup> Spencer e Lombroso, pautados em Darwin, criam na luta competitiva pela existência, com o predomínio dos melhores e mais elevados, dividindo as classes em mais ou menos elevadas, de que as disputas eugenistas eram retratos. Sobre a emergência da eugenia das leituras de anormalidade (cf. FOUCAULT 1997).

Esse ethos interventivo, que supostamente legitimaria os experts a avaliar e encontrar as necessidades das crianças e adolescentes, dando-lhes o direito de influenciar uma grande margem de decisões sobre o que deveria acontecer com as crianças (KING, 1981), era ditado por uma composição das atividades jurisdicionais com as terapêuticas (inicialmente com os higienistas, posteriormente com psiquiatras e psicólogos, fundamentalmente) (DONZELOT, 1986; COSTA, 1999; FOUCAULT, 1987; 1996; 2014) passa a ser questionado na época dos movimentos por direitos civis.

O emblemático caso *In Re Gault* (EUA, 1967)<sup>4</sup>, nos EUA, marca uma virada no modo de conceber e atuar da Justiça em todo mundo. Adolescentes passam a ter direito a ciência das acusações precisas feitas contra si, a notificação para ser representado judicialmente em procedimentos que possam ter um impacto em suas liberdades; direito de arrolar testemunhas e de questionar os acusadores e testemunhas contra si e a serem devidamente orientados quanto ao direito ao silêncio e a não se autoincriminar (PLATT, 1974). Dá-se origem ao modelo judicial, enraizado na Magna Carta, preocupado com a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder arbitrário pela garantia dos princípios da legalidade, de um Judiciário independente e imparcial, com observância do devido processo legal (KING, 1981), superando a discricionariedade judicial e que parte do reconhecimento de que adolescentes são dotados de livre arbítrio, portanto devem ser considerados responsáveis por suas condutas (CAVADINO & DIGNAN, 2006, p. 203).

Beloff tece um quadro comparativo entre os modelos (BELOFF 2009):

Modelo de bem-estar, tutelar ou da situação irregular	Modelo de proteção integral
Menor abandonado/delinquente	Desaparece o determinismo
Direito penal de autor (NICODEMOS, 2006) <sup>5</sup>	Direito penal do ato
Autores considerados inimputáveis	Responsabilidade penal juvenil (com consequências jurídicas absolutamente diferentes das que se aplicam ao sistema adulto)
Especialização sem justiça	Justiça especializada
Procedimento sem devido processo legal	Procedimentos especializados

4 O caso diz respeito à conduta do adolescente Gerry Gault, de 15 anos, residente no estado do Arizona, acusado em 1964 de fazer chamadas indecentes a uma vizinha. Realizada a investigação, ele não foi informado de nenhum de seus direitos, seus pais não foram avisados pela polícia de sua detenção e outras práticas simulares, próprias do direito tutelar, resultando na ordem de internação em estabelecimento correccional (a Escola Industrial do Estado) até que completasse 21 anos. Um adulto condenado pelo mesmo fato poderia ter sido condenado a uma multa de U\$50 ou a dois meses de prisão. A corte sustentou que o direito do Estado, como *parens patriae*, de negar ao adolescente direitos processuais disponíveis para adultos porque a criança deve ser cuidada, não gozar de liberdade e se os pais falham, o Estado pode intervir em procedimentos descritos como civis e não criminais e, portanto, não submetidos aos limites que restringem o Estado quando priva uma pessoa de sua liberdade. A Suprema Corte americana, no recurso contra tal decisão, sustentou que os mais altos motivos e os mais iluminados impulsos conduziram a um sistema peculiar para jovens, desconhecido para o direito em qualquer outro contexto comparável, de base constitucional e teórica no mínimo questionável, de resultados não satisfatórios, porque altamente discricionária. Estabeleceu, então, que todo adolescente a quem se imputa um ato infracional tem os mesmos direitos estabelecidos pela 14ª Emenda Constitucional aos adultos, ou seja, ao devido processo legal, a permanecer em silêncio, ao direito à defesa e a recurso contra as decisões judiciais.

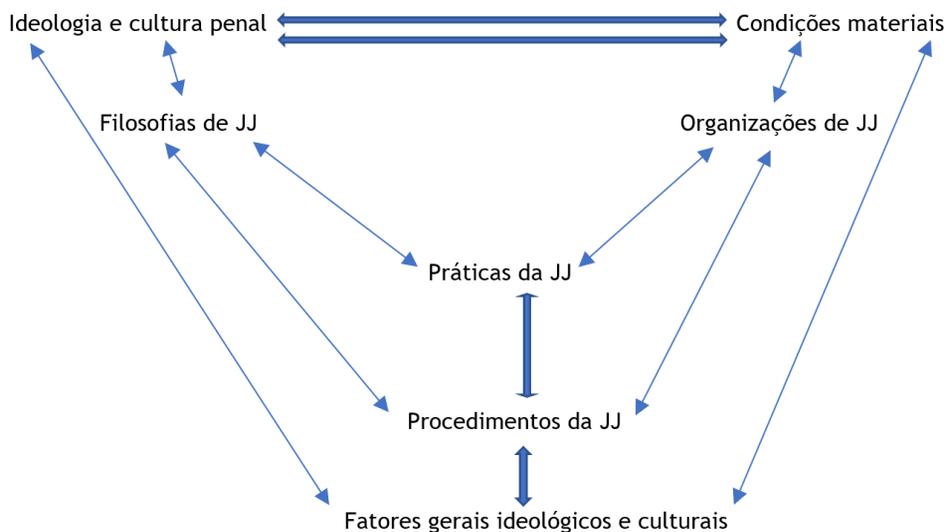
5 No direito penal de autor não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor”, esta sim considerada delitiva. Não se considera o furto, mas o ladrão, em nosso caso não a conduta, mas a condição social de adolescente infrator ou em conflito com a lei.

Sistema inquisitivo	Sistema acusatório (oral e contraditório)
Alheio a garantias	Pautado em todas as garantias conferidas a adultos, além de outras específicas
Prevenção especial, tendo a segregação como regra	Privação de liberdade como exceção, por tempo determinado e o mais breve possível, reservada apenas a infrações graves
Medidas por tempo indeterminado	Medidas por tempo determinado

O modelo judicial encontra vertentes distintas, ora reconhecendo a importância das garantias processuais conjugadas com respostas estatais diferenciadas em uma instituição separada (a justiça juvenil), ora entendendo que as estruturas diferenciadas criam, elas também, garantias minoradas, sugerindo que adolescentes sejam julgados em varas comuns, de adultos, apenas com modelos de responsabilização diferenciados.

Novos modelos emergem numa conjugação entre suposições filosóficas e sociológicas sobre a delinquência - particularmente a juvenil - e as respostas estatais, a organização institucional e os processos (e procedimentos) adotados para lidar com essas situações, interagindo, uma vez mais, com fatores ideológicos e materiais, o contexto social e cultural em que estas inter-relações têm lugar.

Cavadino e Dignan veem, com efeito, uma grande interconexão entre esses pressupostos (CAVADINO & DIGNAN, 2006):



Vamos entender como se dá essa inter-relação, analisando comparativamente alguns modelos penais ideais, já que nenhum é completo em si mesmo, havendo mútuas influências.

Assumamos como tarefa tentar identificar elementos que vemos presentes no sistema brasileiro.

Assim, além dos modelos tutelares (ou de bem-estar) e judicial, descrevem-se na teoria o modelo da intervenção mínima, neocorrecional, restaurativo.

O modelo da intervenção mínima é derivado em parte da teoria do etiquetamento, segundo a qual todas as formas oficiais de processar os jovens são potencialmente danosas a eles, na medida em que os etiqueta e estigmatiza como criminosos, tornando mais difícil a eles desistir do crime no futuro e, pelo contrário, aumentando a possibilidade de que venham a envolver-se em atividades ilícitas. Nesse sentido, preconizam-se soluções alternativas à resolução dos conflitos, valendo-se de mecanismos comunitários sempre que possível; preveem-se possibilidades procedimentais de extinção e suspensão do processo, inclusive derivando a solução do conflito a outras instâncias informais; cuida-se para não expandir as intervenções; descriminalizando ou isentando adolescentes de respostas em situações de menor potencial ofensivo, o encarceramento é visto como último recurso a ser utilizado (CAVADINO & DIGNAN, 2006).

O modelo restaurativo tem muitas origens e inter-relações com o sistema penal. Ora aparece como uma radicalização da intervenção mínima aproximando-se do abolicionismo penal; ora expressa-se como uma modalidade comunitária de resolução dos conflitos, pré-processual; ora como uma nova proposta de remodelagem do próprio sistema. Nessa linha, procura reverter a ênfase na ofensa à lei estatal para focar no dano à vítima, deslocando, por conseguinte, a tarefa de responsabilização do Estado (normalmente passiva, sofrendo uma sanção restritiva de direitos ou de liberdade) para uma demanda de responsabilização ativa do ofensor para com as pessoas afetadas, que são envolvidas diretamente na resolução do conflito. Objetivos complementares são os de empoderamento da sociedade civil, cabendo ao Estado apenas o papel complementar de facilitador. Há, nesse modelo, uma ênfase na derivação da resolução dos conflitos e na busca por maior sensibilidade às singularidades socioculturais.

Por fim, o modelo neo-correcional, pautado nas teorias de tolerância zero, de lei e ordem, adota uma abordagem mais punitiva e, diferentemente do modelo judicial, garantista e limitador do poder de interferência do Estado, adota uma postura mais interventiva, preocupada com segurança social e redução da criminalidade. Esse modelo expressa-se em estratégias interventivas preventivas, criando formas de penalidades civis quase penais, de responsabilização dos pais e de crianças, de redução da maioridade penal e de equiparação dos adolescentes a adultos.

Cavadino e Dignan propõem um quadro comparativo desses modelos, um pouco mais complexo que o de Beloff (CAVADINO & DIGNAN, 2006):

Modelos	Assunções filosóficas	Organizações institucionais	Políticas e processos
<b>Modelo tutelar, do bem-estar (ou da situação irregular)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- determinista: crime é “causado”</li> <li>- Paternalista e protecionista</li> <li>- foca nas necessidades, não nos atos</li> <li>- adolescente como dependente</li> <li>- ajuda, tratamento ou educação, não punição</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- cortes tutelares pautadas no <b>parens patriae</b></li> <li>- jurisdição unificada (proteção e infracional)</li> </ul>	<p>Modelo tutelar, do bem-estar (ou da situação irregular)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- determinista: crime é “causado”</li> <li>- Paternalista e protecionista</li> <li>- foca nas necessidades, não nos atos</li> <li>- adolescente como dependente</li> <li>- ajuda, tratamento ou educação, não punição</li> <li>- cortes tutelares pautadas no <b>parens patriae</b></li> <li>- jurisdição unificada (proteção e infracional)</li> <li>- intervenções pré-delinquentes com procedimentos informais</li> <li>- discricionariedade</li> <li>- expertise da ciência social</li> <li>- uso de diagnóstico para custódia</li> <li>- ordens indeterminadas e flexíveis</li> </ul>
<b>Modelo judicial ou garantista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- autonomia da vontade e responsabilidade</li> <li>- Adolescente como agente responsável</li> <li>- foco nos atos e não nas necessidades</li> <li>- adolescente como sujeito de direito</li> <li>- foco na resposta proporcional</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- corte criminal modificada</li> <li>- distingue jurisdição protetiva da infracional</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- caminhos separados para a jurisdição</li> <li>- garantias processuais na Justiça</li> <li>- formalidade processual</li> <li>- sentenças determinadas</li> <li>- proporcionalidade na fixação da pena/medida</li> <li>- paridade de tratamento</li> </ul>

<b>Modelo da intervenção mínima</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- teoria do etiquetamento</li> <li>- perigo de desvio secundário</li> <li>- evitamento da expansão da rede sociopenal</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- mecanismos de porteira aberta (derivação)</li> <li>- alternativas à internação/privação de liberdade</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- descriminalização</li> <li>- derivação da acusação</li> <li>- desencarceramento</li> <li>- abordagem de gerenciamento sistêmico</li> <li>- monitoramento</li> </ul>
<b>Modelo de justiça restaurativa</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- foco na reparação para vítimas</li> <li>- foco na reintegração e responsabilidade (ativa) dos ofensores</li> <li>- empoderamento das partes</li> <li>- novo papel do Estado: subsidiariedade</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- conferências de grupos familiares</li> <li>- mediação vítima-ofensor</li> <li>- mudanças no papel da justiça juvenil</li> <li>- jurisdição unificada (proteção e criminal)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- derivação combinada com reparação</li> <li>- desencarceramento</li> <li>- resultados flexíveis e inovadores</li> <li>- necessidade de sensibilidade cultural</li> </ul>
<b>Modelo neo-correcional (também chamado entre nós de Movimento Lei e Ordem)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- primazia da prevenção do delito</li> <li>- ideologia da “lei e da ordem”</li> <li>- responsabilização dos ofensores e de seus pais</li> <li>- adolescente como detentor de obrigações e responsabilidades</li> <li>- responsabilização do ofensor para com vítimas e comunidade</li> <li>- eficiência e efetividade</li> <li>- foco na segurança comunitária</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- reforma do processo das cortes</li> <li>- vínculos mais próximos com as varas criminais</li> <li>- novas formas civis de punição</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- intervencionismo precoce</li> <li>- intervenções pré-delinquenciais</li> <li>- relaxamento dos limites etários</li> <li>- tolerância zero</li> <li>- reparação pelos ofensores</li> <li>- foco na persistência</li> <li>- sentenças quase mandatórias</li> <li>- processamento rápido de alguns casos</li> <li>- abordagem de gerenciamento sistêmico</li> </ul>

## 2. Os princípios regentes do processo de apuração de atos infracionais no Brasil

Vamos agora estudar com mais detalhamento os aspectos que podemos identificar no sistema brasileiro desses distintos modelos em sua correlação com os princípios

regentes do processo de apuração de atos infracionais no Brasil, buscando evidenciar algumas tensões principiológicas, que tornam complexa a atuação do juiz especializado.

Esta tarefa há de começar pela Constituição Federal.

A Constituição tem fundamentalmente um grande preceito a respeito do processo de apuração de ato infracional, o art. 227, §3º, e um de direito material, o art. 228, ao estabelecer a idade de responsabilidade penal, aos 18 anos, tratando as crianças e adolescentes como penalmente inimputáveis.

Há grande debate teórico entre nós quanto ao sentido de qualificá-los como inimputáveis (SPOSATO, 2006)<sup>6</sup>, ao qual nos referiremos na próxima seção.

O art. 227, §3º, estabelece que o direito a proteção especial abrangerá, dentre outros, dois importantes aspectos.

O inciso IV claramente adota a garantia do devido processo legal: conhecimento das acusações; tratamento paritário e defesa técnica, o que nos remeteria claramente ao modelo judicial, a despeito da referência à “legislação tutelar específica”, invocando terminologicamente um modelo discrepante.

O inciso V trata do que doutrinariamente tem sido denominado de princípio da especialidade, desdobrado aqui na brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento quando referido à medida privativa de liberdade.

Há aqui uma adoção limitada do modelo da intervenção mínima, porquanto esses princípios não são referidos ao sistema de justiça juvenil como um todo, mas à aplicação da medida privativa de liberdade.

Em seguida, é imperativo recorrermos à Convenção sobre os Direitos da Criança, porque, como tratado internacional, tem estatuto supralegal, conforme entendimento esposado pelo STF<sup>7</sup>.

O modelo judicial ganha corpo na Convenção sobre os direitos da criança com a obrigação de respeito ao princípio da legalidade (art. 40, 2, a), da presunção de inocência (art. 40, 2, b, I); de notificação (art. 40, 2, b, II), ao devido processo legal, com assistência jurídica (art. 40, 2, b, III); direito ao silêncio e a não se autoincriminar (art. 40, 2, b, IV), ao duplo grau de jurisdição (art. 40, 2, b, V).

A Convenção dá um passo além da Constituição, todavia, na incorporação do modelo da intervenção mínima e do princípio da excepcionalidade no parágrafo terceiro do art. 40, preconizando a adoção de medidas “sem recorrer a procedimentos judiciais”, respeitando-se “plenamente os direitos humanos e as garantias legais”. É o que defende também o Comitê de Direitos da Criança (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §§15 a 18). Trata-se de expressão do caráter subsidiário do direito penal. Como ensina Roxin, somente se podem punir as lesões de bens jurídicos quando for indispensável à vida em comum. Onde bastem outros meios, carece de legitimidade a intervenção penal (ROXIN, 1986).

No mesmo artigo, a Convenção também enfatiza a adoção do princípio da especialização por meio de “leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou

<sup>6</sup> Para Sposato, a inimputabilidade de adolescentes é meramente etária, biológica, e não psicológica, portanto, fruto de política criminal, não afastando uma responsabilidade diferenciada, entendendo, com esteio em Muñoz Conde, perverso conjugar menoridade com periculosidade.

<sup>7</sup> Há diversos acórdãos do STF dando caráter supralegal aos tratados internacionais ratificados antes da Emenda 45, de 2004, que inclui o parágrafo terceiro no art. 5º da Carta Maior. Veja, exemplificativamente (BRASIL, 2008).

declaradas culpadas de tê-las infringido”.

A especialização se expressa, num outro passo além da Constituição, ao prever, no §3º ainda, uma responsabilidade infracional diferenciada, ao determinar que os estados devem estabelecer uma “ idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais”, entre nós de 12, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), marco etário criticado pelo Comitê de Direitos da Criança que indica ser a média mundial de 14 anos, preconizando sua elevação a 15 ou 16 anos (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §§ 21 e 22).

No ECA encontramos plena expressão das garantias processuais nos artigos 110 e 111, numa clara aproximação ao modelo judicial: devido processo legal (art. 110); garantias de conhecimento da atribuição de ato infracional mediante citação (art. 111, I); igualdade na relação processual (art. 111, II); defesa técnica (art. 111, III), assistência judiciária gratuita e integral (art. 111, IV) e direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art. 111, V), além de poder solicitar a presença de seus pais (art. 111, VI).

Na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) (Lei 12.594/2012) temos um detalhamento maior desses princípios, evidenciando as mudanças históricas dentro de um mesmo sistema. Isso se explicita ainda mais quando atentamos aos princípios previstos no art. 35. Embora se refiram no caput à execução das medidas socioeducativas, verifica-se claramente que vários deles dizem respeito, em verdade, ao processo de conhecimento.

Nesse sentido, o princípio da legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto (inciso I), o princípio da “proporcionalidade em relação à ofensa cometida” (inciso IV) e da “individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente” (inciso VI) são próprios ao modelo judicial.

Conjugando-se, portanto, o art. 1º, §2º, III, com esses incisos, tem-se que a desaprovação da conduta, na fixação da medida, não pode nunca exceder o que se imputaria ao adulto.

O modelo da intervenção mínima, conjugado ao restaurativo, expressa-se nitidamente na adoção do princípio da “excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos” (inciso II) com a preconização de “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (inciso III). Esse modelo se vê também no inciso VII, com a determinação de “mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida” (inciso VIII).

Percebemos, nesse contexto, que estamos diante de um sistema em pleno processo histórico de revisão, permeado por tensões. Houve uma transição do modelo de bem-estar para um modelo judicial, com forte ênfase numa perspectiva de intervenção mínima e início de abertura a um modelo restaurativo. Há resquícios do modelo tutelar, sobretudo na organização da justiça, mas ainda na falta de parâmetros claros para a determinação da medida (a indeterminação da medida no ECA versus a fixação de parâmetro máximo para desaprovação na lei do Sinase) e na mitigação de algumas garantias processuais. Por fim, há uma ameaça constante de um modelo neocorrecional, com as propostas de redução da maioria penal.

Parece, portanto, fundamental retomarmos com maior profundidade alguns princípios fundamentais para atentarmos à sua complexidade e amplitude, porque compete ao(a) magistrado/a integrar interpretativamente este sistema, assumindo esta responsabilidade de tomada de posição (ROSA, 2006) Um desafio, aliás, comum a diversos países, como assinala Cortés Morales, para quem o imperativo é de limpar a maquiagem remanescente dos modelos de situação irregular em favor de modelos garantistas e de intervenção mínima (CORTÉS MORALES, 2008).

Para Duce e Couso, o **princípio da especialidade** se traduz em um reforço ou ampliação das garantias do devido processo quanto ao “fortalecimento da liberdade e maiores restrições a sua privação no processo; exigências mais estritas quanto à extensão temporal do processo; maiores resguardos ao direito de defesa e exigências mais severas para a renúncia dos direitos do devido processo” (DUCE & COUSO, 2014).

O **princípio da legalidade**, para além da sua expressão clássica do *nulla poena, nullum crimen sine lege*, portanto do respeito à anterioridade, limites estritos da lei, proibição de retroatividade, respeito à lei posterior mais benéfica, ganha, no âmbito da infância e da juventude, uma expressão singular por força do princípio da especialidade. Ele se traduz numa dupla expressão, penal e processual penal, de que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o adulto, portanto tem todos os direitos garantidos aos adultos e outros que sua peculiar condição reclama, além dos limites impostos pelo caráter socioeducativo da medida.

Outro princípio fundamental é o da **excepcionalidade**, que, vimos, desdobra-se em excepcionalidade da intervenção judicial e da medida privativa de liberdade.

O Comitê de Direitos da Criança estabelece os seguintes requisitos para as medidas extrajudiciais (vale dizer, remissão com medidas): 1) existência de provas convincentes de que o adolescente cometeu o suposto delito; 2) consentimento livre e voluntário, baseado em informação adequada e específica sobre a natureza, conteúdo e duração da medida; 3) previsão legal dos casos em que possíveis essas medidas, com regulação dos critérios de decisão pelo órgão competente (polícia ou Ministério Público), passíveis de revisão judicial; 4) direito a assistência jurídica ao adolescente para a aceitação e para a revisão das medidas; 5) impossibilidade de inclusão de privação de liberdade; 6) extinção do processo em caso de cumprimento (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §18).

Em relação às medidas privativas de liberdade, inclusive cautelares, a excepcionalidade dita que sejam o último recurso - portanto depois de considerar medidas alternativas na comunidade (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §85) -, e pelo período mais breve possível. A doutrina invoca, ainda, a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, com a análise da relação entre meios, fins e custos, ou seja, a relevância normativa (e não meramente ‘técnica’) da idoneidade do meio para alcançar o fim buscado - o meio inidôneo torna injusta e inconstitucional a medida. Ademais, a relação entre o meio idôneo e o fim buscado deve satisfazer o parâmetro de necessidade: como a medida implica em custos, o meio não apenas deve ser útil, mas também deve ser necessário para esse fim, indicando que compete a verificação de meio igualmente idôneo que seja menos prejudicial). Por fim, o princípio da proporcionalidade impõe a necessidade de ponderar os princípios em jogo, para decidir se está justificado o relativo sacrifício de um princípio implicado pela utilização de um meio que serve à proteção de outro. Isso exige a verificação de que a proteção do princípio precedente justifica ou não o nível de sacrifício imposto pela medida protetiva (máxima da proporcionalidade em

sentido estrito) (DUCE & COUSO, 2014). No âmbito da fixação da medida em sentença, a excepcionalidade, conjugada com a proporcionalidade, está adstrita ao princípio da culpabilidade. Impõe-se, ainda, maior peso de argumentação a quem queira justificar a utilização desse último recurso, não podendo fundar-se em uma pretensa maior idoneidade da internação com outras medidas, deve analisar a especial gravidade do delito e de necessidades igualmente graves quanto ao efeito preventivo-geral; a magnitude dos prejuízos prováveis que a internação produzirá no desenvolvimento, inserção social e direitos do adolescente; e, se entender que não terá custos para a inserção social do adolescente pela falta de bom prognóstico de medida em meio aberto, as provas qualificadas de que não terá boa adaptação em meio aberto (DUCE & COUSO, 2014).

Uma aplicação desse princípio, associado ao da liberdade, é a aplicação analógica de medidas cautelares substitutivas à prisão (art. 319 do CPP) aos adolescentes, evitando-se a internação provisória.

Conjugado à excepcionalidade, impõe-se a análise do princípio da **brevidade**.

Para Duce e Couso, os prazos máximos de duração de distintas etapas do processo devem ser mais curtos que os estabelecidos para os adultos. Para esses autores, a hipertrofia do formal impede a realização do princípio educativo, impondo uma aceleração especial dos procedimentos (DUCE & COUSO, 2014), já que, com o transcurso do tempo o adolescente terá dificuldades intelectuais e psicológicas cada vez maiores, para não dizer insuperáveis, para estabelecer uma relação entre o procedimento e a resolução, de um lado, e o delito, de outro.

Mais que o debate sobre a prescrição das medidas, já assentado pelo STJ, coloca-se a questão da precariedade das medidas, ou seja, sua natureza provisória e instrumental e se persiste interesse no processamento se superado o prazo razoável de trâmite processual e se mudadas as condições de vida do adolescente. Como dizem Duce e Couso, o que se persegue é assegurar a finalidade educativa que os próprios tratados internacionais exigem dos processos juvenis (DUCE & COUSO, 2014).

A brevidade, associada à excepcionalidade, também se expressa na possibilidade de extinção ou substituição a qualquer tempo de medida privativa de liberdade, mas também, por extensão, de medidas em meio aberto.

A **participação do adolescente, intimamente correlacionado ao direito à cientificação das acusações** no processo pareceria a alguns algo sem maior problematização, expresso pelo direito à citação e a ser ouvido pela autoridade competente.

No entanto, a Comissão Interamericana destacou o esforço de alguns países de estabelecer legislativamente o dever por parte dos tribunais de explicar aos adolescentes, em linguagem simples, os pontos fundamentais da suposta infração imputada, não bastando entregar cópia da representação, mas se requererá em muitas situações uma explicação oral direta. A participação real do jovem no processo pressupõe sua capacidade de compreender globalmente a natureza e o que está em jogo no julgamento e tudo o que se diz no tribunal (DUCE & COUSO, 2014), inclusive as opções que se lhes oferecem (NAÇÕES UNIDAS, 2019 §546-48).

Isso implica a prevalência da oralidade no processo, portanto de um sistema acusatório a um inquisitivo, com sentenças proferidas em audiência, explicadas ao adolescente, de forma respeitosa e dialogada.

A participação também implica o direito a não ser conduzido coercitivamente

para apresentação, a exemplo do que ocorre com o adulto (BRASIL, 2018a). Trata-se de um direito do adolescente, não um dever, mas que coloca, também, o cuidado com a análise das razões do não-comparecimento e os limites da renúncia às garantias por parte do adolescente, como veremos a seguir.

A **garantia da ampla defesa** deve ser entendida numa perspectiva mais ampla de maior resguardo ao direito de defesa, durante todo o processo, inclusive na oitiva informal (OEA, 2011). Não se pode aceitar uma defesa protocolar, mas há de se ter, como ensina Saraiva, uma atuação enérgica e técnica, comprometida com o supremo valor que defende, a liberdade (SARAIVA, 2006). A presença de seus pais e responsáveis em audiência é entendida como expressão do direito à assistência para defesa (DUCE & COUSO, 2014).

Isso porque, como ensina Ferrajoli, o modelo cognoscitivo do processo penal reside numa busca de verdade, inevitavelmente aproximativa ou relativa, dos conhecimentos para cuja aquisição resulta idônea sua assunção em concreto para os pronunciamentos judiciais. É condição necessária (embora não suficiente) desse modelo o “método acusatório, fundado no contraditório entre provas *per modus ponens* e refutações *per modus tollens*”, requerendo “procedimentos de controle, mediante prova e refutação, que só um processo de partes fundado sobre o conflito institucional entre acusação e defesa pode garantir”. É isto que dá fundamentação específica da atividade jurisdicional (FERRAJOLI, 1995).

A ampla defesa também coloca exigências mais restritas para a renúncia de direitos que integram o devido processo legal, mesmo sendo voluntária e informada. Tal renúncia só será válida se benéfica ao adolescente, reclamando, sempre, especial cuidado quanto à compreensão por parte do adolescente das consequências jurídicas da renúncia, especialmente quando submetido a pressões psicológicas, seja por parte de autoridades ou dos pais (DUCE & COUSO, 2014).

Tais exigências tem especial relevo em relação ao **direito a não se declarar culpado** (art. 40, §2º, b, da CDC). Devido às suas características especiais, os adolescentes estão dispostos a confessar mais do que os adultos, porque têm menos conhecimentos dos direitos que possuem, facilitando, assim, as instâncias de condução da prova e gerando imposições mais céleres de medidas (DUCE & COUSO, 2014).

Esse direito a não se declarar culpado coloca em questão a natureza da remissão, seus requisitos, e dialoga, novamente, e sempre, com o princípio da legalidade.

O art. 127 do ECA estabelece que a remissão não implica reconhecimento de responsabilidade. Saraiva invoca o tratamento mais benéfico dispensado ao adulto pela possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95, entendendo que a remissão, mais que perdão, refere-se ao ato de remeter para um procedimento diverso, seja com a supressão, seja com a extinção do processo de conhecimento, demandando, portanto, o consentimento do adolescente (SARAIVA, 2006)<sup>8</sup>, implicando, em caso de descumprimento, o prosseguimento do processo, tal como se dá com os adultos.

A inclusão na lei do Sinase de objetivo e princípios restaurativos coloca esse princípio igualmente em evidência, porquanto uma das críticas que se faz ao modelo é de mitigação de garantias processuais, especialmente a exigência de admissão de culpa para participação em conferências restaurativas (ELIAERTS & DUMORTIER, 2002;

<sup>8</sup> Para Garrido de Paula, a remissão implica concurso de vontades (GARRIDO DE PAULA, 2002, p.117).

SKELTON & FRANCK, 2004). Soluções de meio termo têm sido aventadas, como a neozelandesa, de não demandar admissão de responsabilidade, mas apenas que o adolescente não negue responsabilidade (NOVA ZELÂNDIA, 1989, art. 246 e ss.), o que é louvado por Walgrave como uma conciliação com o princípio de presunção de inocência (WALGRAVE, 2008).

Trata-se de um princípio intimamente ligado ao de **presunção de inocência**, imputando ao órgão acusador o ônus da prova.

A **não-discriminação** é princípio geral de aplicação da Convenção sobre os direitos da criança. No âmbito da justiça juvenil, esse princípio tem sido invocado para enfrentamento dos reflexos de disparidades sociais na Justiça. Daí que a Comissão Interamericana sustente que uma dimensão desse princípio está relacionada com a obrigação de criar condições de igualdade real a esses grupos historicamente excluídos e com maior risco de discriminação, porque envolvem desigualdades de tratamento jurídico, sem que isso contrarie aparentemente a justiça (OEA, 2011, p. 30). Isto se aplica particularmente em relação a minorias raciais, de que o Brasil é um exemplo marcante<sup>9</sup> e explicitamente referido pela Comissão Interamericana (OEA, 2011). Países têm buscado enfrentar essas disparidades de distintas maneiras, seja com capacitação dos magistrados, como nos EUA (SZYMANSKI, 2012), ou a própria adequação do sistema para respeitar a diversidade étnico-racial, de que a experiência neozelandesa é exemplar.

Outro grupo tradicionalmente discriminado, segundo a Comissão Interamericana, são os adolescentes com deficiência, especialmente mental, e aqueles envolvidos em gangues ou outras modalidades de criminalidade organizada, em relação aos quais os Estados têm elaborado apenas políticas de segurança, sem procurar promover melhores condições de vida que permitam outras perspectivas de inserção social (OEA, 2011, p. 37-44). São situações que demandam, portanto, juízo crítico por parte do magistrado<sup>10</sup>.

O **respeito à vida privada** implica o dever de sigilo dos atos processuais (art. 40, §2º, “b”, da Convenção e art. 143 do ECA) envolve não apenas o dever de proteção de nome do adolescente, mas de qualquer informação que possa levar à sua identificação (art. 8.2 das Regras de Beijing). Implica, também, que o julgamento seja público. E, mais fundamentalmente, a proteção contra o uso de seus antecedentes ou registros (Regra 21 das Regras de Beijing). O Comitê de Direitos da Criança recomenda aos Estados que se abstenham de incluir os dados de qualquer adolescente em registro público de delinquentes, implicando uma estigmatização permanente (Nações Unidas, 2019). Contrariamente ao que acabou prevalecendo em decisões do STJ (BRASIL, 2018b), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou como indispensável que os antecedentes da justiça juvenil não sejam utilizados em casos de processos em que estejam implicados os então adolescentes, agora como adultos, defendendo supressão dos registros ao atingirem a maioridade (OEA 2011, p. 62).

Entendemos que a questão do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, igualmente elevado a princípio, pode ser melhor analisado quando conjugado à perspectiva socioeducativa.

9 Segundo levantamento realizado Ministério de Direitos Humanos em 2015, 61,03% dos adolescentes privados de liberdade foram considerados negros (BRASIL, 2015), embora a população de negros no Brasil seja de 8,2% e de pardos 46,7% (BRASIL, IBGE).

10 Mencione-se a importância da criminologia crítica, de que o livro de Baratta pode ser referencial (BARATTA, 2002) e, no campo infracional, as obras de Rosa (ROSA, 2005).

### 3. Como correlacionar as garantias processuais com o caráter socioeducativo das medidas

O caráter socioeducativo das medidas é a marca diferencial do tratamento especial recebido pelos adolescentes em relação aos adultos.

Nossa tarefa será entender como essa qualidade se inter-relaciona com as garantias processuais e sua incidência ao longo do processo, especialmente na fixação da medida.

Cumpra indicar que esse caráter socioeducativo marca uma grande celeuma doutrinária entre nós quanto à natureza das medidas. Alexandre Morais da Rosa entende antidemocrática qualquer pretensão de reforma interior ou moral do adolescente e, portanto, violadora do garantismo, cujo escopo seria a defesa do mais fraco (ROSA, 2011). Por ter o ECA persistido na referência à inimputabilidade dos adolescentes (art. 104), sem regradar a natureza de sua responsabilidade, estabeleceu-se a discórdia teórica, com os paladinos, de um lado, de um direito penal juvenil responsabilizador, conquanto de forma especial; de outro, de uma leitura de responsabilidade estatutária, e, finalmente, da autonomia de um direito infracional (ROSA, 2011).

Todos reconhecem que, a despeito da inimputabilidade, todas as excludentes de ilicitude se aplicam aos adolescentes (GARRIDO DE PAULA, 2006). O Comitê de Direitos da Criança assume, igualmente, que é de culpabilidade que se trata de averiguar no âmbito da justiça juvenil (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §2º).

O pomo de discórdia reside na natureza da medida em torno da capacidade do adolescente - e, por conseguinte, de sua responsabilidade - como fundamento para a resposta estatal: tratar-se-ia de uma defesa social modulada pela capacidade - de compreensão - do adolescente com ênfase educativa (GARRIDO DE PAULA, 2006) ou de uma resposta retributiva com finalidade pedagógica (SARAIVA, 2006)? Se há um ponto comum de respeito ao garantismo e de rejeição ao paternalismo (AMARAL E SILVA, 2006; DIGIÁCOMO, 2006), a diferença ganha corpo sobretudo no modo de fixação da medida, com uma pretensão a menor ou maior delimitação por parâmetros, ou seja, uma instrumentalidade da ação, que demandaria equacionamento entre as demandas de defesa social e intervenção pedagógica individualizada na escolha da medida (GARRIDO DE PAULA, 2002); um atrelamento à culpabilidade e responsabilidade do adolescente (SPOSATO, 2006; ROSA, 2011).

A Lei do Sinase parece ter dado um passo além nesse debate, compondo olhares e perspectivas ao reconhecer a dimensão da capacidade e da responsabilidade do adolescente ao disciplinar os objetivos da medida.

O artigo 1º, §2º, da lei procura compor três modelos ao prever os objetivos da medida socioeducativa:

A “responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação” remete claramente ao modelo restaurativo;

A “integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento” reporta-se a uma preocupação socioassistencial e reintegradora; e

A “desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença

como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei” (grifo nosso) à avaliação da proporcionalidade da resposta à culpabilidade do autor, individualizando a medida para balizar a execução com limites temporais diversificados. Reconhece-se, assim, a capacidade reflexiva do adolescente, portanto sua responsabilidade individual como agente capaz de discernimento, conquanto de forma diferenciada.

Uma primeira questão seria sobre como correlacionar esses objetivos, seja para avaliação da oportunidade da ação socioeducativa, seja na fixação da medida, tema sobre o qual tratamos alhures<sup>11</sup> e que será retomado, por outro autor, com outro olhar, na derradeira unidade.

Aqui, importa considerar como opera o princípio socioeducativo, mas, para tanto, é preciso um passo anterior, tentarmos entender de que estamos falando.

Para Couso, o princípio socioeducativo se correlaciona com a prevenção - especial no âmbito penal no sentido de “ressocialização”, ainda que sofra críticas no âmbito penal, como vemos em Roxin, seja quanto ao seu conteúdo - todos somos passíveis de correção -; seja pela dificuldade de estabelecimento de parâmetros de controle do atingimento de suas metas, expondo os indivíduos a um controle estatal indeterminado; seja quanto à sua finalidade, indagando-se o que legitimaria “uma maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhes são gratos?” (ROXIN, 1986)

Pensar sobre o significado do princípio socioeducativo passa, portanto, por uma preocupação em torno do que diferencia a socioeducação contemporânea do afã salvacionista que marcou a legislação tutelar, se haveria uma diferenciação dessa “ressocialização” de um mero controle social, que nos permitisse contrapor um olhar positivo a um negativo, pautado na intimidação (COUSO, 2008).

A socioeducação envolve, assim, consideração do princípio do peculiar desenvolvimento do adolescente e de seu melhor (ou superior) interesse, num viés garantista, ambos demandando participação e promoção integral de direitos<sup>12</sup>.

A primeira dimensão diferenciadora é, portanto, do consentimento do adolescente em relação a qualquer tratamento (re)educador ou (res)socializador para que não haja violação do princípio da dignidade da pessoa humana (COUSO, 2008). Daí, como vimos, sua aquiescência tanto com os termos de uma remissão cumulada com medida como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo, como ao plano individual de atendimento que vier a ser elaborado na fase de execução.

A segunda dimensão diferenciadora dita a possibilidade de fundamentar a exclusão da intervenção judicial, a redução da medida ou sua não-execução, ou para preferir uma medida não-privativa de liberdade em vez de uma internação em nome dos fins socioeducativos, abrandando, portanto, o objetivo desaprovador ou responsabilizador. Invocando Albrecht, Couto sustenta a impossibilidade de, a pretexto de socioeducar o adolescente, dar-lhe um tratamento que um adulto não receberia. Teríamos aqui uma violação do princípio da legalidade e uma posição de desprivilégio que contrariaria a essência do propósito educativo (COUSO, 2008).

Uma terceira dimensão no modo de aplicação do princípio socioeducativo diz respeito às consequências injustas de tratamento de adolescentes no momento da fi-

11 Sobre os critérios de fixação da medida com base na Lei do Sinase, veja (MELO, 2014).

12 Sobre os princípios fundamentais do direito da criança, veja MELO, 2010; 2020; 2021.

xação da medida. Adolescentes de classes sociais desfavorecidas, pretos, seriam mais associados a grupos com maior predisposição à delinquência, recebendo tratamento mais gravoso do que adolescentes brancos e de classe média/alta. Daí Couso invocar o princípio da culpabilidade - diferenciado, que está na base do sistema de justiça juvenil para o Comitê de Direitos da Criança (NAÇÕES UNIDAS, 2019, §2º) - para postular uma conclusão inversa: observada a proporcionalidade da resposta estatal ao ato, levando em consideração a conduta, e não o indivíduo (para não se converter num direito penal do autor), aqueles com condições desfavorecidas deveriam ter uma resposta menos desvantajosa, justamente em razão de seu contexto desfavorável (COUSO, 2008; ROSA, 2011). O que se deve propiciar é a garantia de direitos, por outras vias, distintas da socioeducativa. Invocando Zaffaroni, Alexandre M. da Rosa também fala em correponsabilidade social para mitigar a responsabilidade infracional do adolescente quando sua trajetória de vida, privada de condições dignificantes, o tornar menos responsável pelo quadro de adversidade em que se inseriu com sua conduta.

Uma quarta dimensão, intimamente correlacionada à precedente, é da complexidade da conduta para além da mera infração à lei, da problematização das respostas estatais e sociofamiliares prévias, concomitantes e posteriores à conduta, reclamando um olhar interdisciplinar, por meio de uma equipe interprofissional qualificada.

Uma quinta dimensão é de flexibilidade dos planos e projetos, passíveis de mudança (BOUTINET, 1990), com a correspondente fungibilidade e precariedade das medidas (GARRIDO DE PAULA, 2002), afastando-se de uma pretensão de modulação da vida do adolescente.

Finalmente, o socioeducativo, referindo-se fundamentalmente à dimensão de integração social do adolescente, expressa-se como um direito, não como um dever, colocando limites ao sancionamento de propostas pedagógicas, desde que os objetivos de responsabilização e de desaprovação estejam atendidos.

#### **4. Os desafios da imparcialidade à atuação judicial**

Reclama-se muito comumente que o juiz da infância e da juventude é visto com certo desdém por seus pares. Alguns por injustificado preconceito pelo único fato de não atuarem nos campos clássicos do direito. Muitos outros pela incompreensão da profundidade e complexidade que o princípio da especialização implica para a teoria geral do direito<sup>13</sup>, para o direito processual (GARRIDO DE PAULA, 2002) e, como vimos nessa unidade, para a responsabilização juvenil.

Não obstante essa falta de reconhecimento, o juiz da infância e da juventude é colocado em prova constantemente pela sociedade e pela mídia como se responsável fosse por uma solução dos “problemas sociais da infância”, sendo chamado, muitas vezes, a um papel protagônico que desfigura e destoa do papel clássico atribuído à Justiça, de imparcialidade, distanciamento, comedimento. De garantia.

No âmbito processual, o grande desafio é deixar o papel inquisitivo a que um certo olhar pedagógico lhe atribuiria e, em vez de ser gestor da criança/adolescente como lhe exigia o modelo tutelar, assumir seu papel de gestor da prova, num modelo

<sup>13</sup> Lembre-se o debate entre Hart e MacCormick em relação à validade de suas teorias com base nas situações-limite colocadas pelo direito das crianças (HART1955; MACCORMICK 1982).

acusatório, diferenciado e especializado, buscando equilibrar os desníveis de poder (ROSA, 2011).

É esse respeito garantista que dá legitimação externa, ético-política ou substancial ao Poder Judiciário. Como o poder do magistrado não é representativo ou consensual, é apenas a “legitimação de tipo racional e legal, precisamente pelo caráter cognoscitivo dos fatos e reconhecedor de sua qualificação jurídica exigido às motivações dos atos jurisdicionais” que justifica a separação de poderes e a independência do Poder Judiciário. Daí que, para o teórico italiano, nenhuma maioria que seja, nenhum consenso político, imprensa ou partido pode dar legitimação ao poder judicial senão a validade de seus atos decorrentes dessas atividades cognoscitivas. É por meio dessa garantia de verdade, obtida mediante provas e refutações, que se justifica a atuação jurisdicional de garantia de liberdades (FERRAJOLI, 1995).

Quando crianças e adolescentes assomam à condição de sujeito de direitos, deixando o mundo supostamente “natural” do ambiente doméstico, sujeito aos poderes parentais, ingressam na lógica de direitos e de garantias, porque os direitos e as garantias constituem sempre as leis dos mais fracos contra a lei do mais forte. E, para Ferrajoli, não há ninguém tão frágil como crianças e adolescentes. Estendendo-se as garantias a crianças e adolescentes, na superação do modelo tutelar, trazemo-nos/as a um modelo e a um projeto de democracia, cuja realização depende da ação e da responsabilidade de todos (FERRAJOLI, 1999).

Com eles, com elas. Refletindo, processual e procedimentalmente, sobre essa mesma responsabilidade, nossa e deles. É a essa reflexão que lhes convidamos!

### Referências bibliográficas

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (ORGS). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BOUTINET, Jean-Pierre. *Anthropologie du projet*. Paris: PUF, 1990.

BRASIL. IBGE. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. *Levantamento anual do SINASE - 2015*. Brasília. Disponível em: [https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento\\_2015.pdf/view](https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2015.pdf/view).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 88240/SP - São Paulo. Habeas Corpus Relator(a) Min. Ellen Gracie, Julgamento: 07.10.2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557269>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 444, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 460258/RS Habeas Corpus 2018/0180548-0. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro (1182), 6ª Turma, 23.10.2018.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal Systems. A comparative approach*. London: Sage, 2006.

CORTÉS MORALES, Julio. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente. In: UNICEF. *Justicia y Derechos del Niño. #9*, Santiago: Unicef, 2008.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

COUSO, Jaime. Princípio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. In: UNICEF. *Justicia y Derechos del Niño. #9*. Santiago: Unicef, 2008.

DIGIÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional - o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

\_\_\_\_\_. (1994). *L' invention du social*. Essai sur le déclin des passions politiques. Paris: Éditions du Seuil.

DUCE JULIO, Maurício ; COUSO SALAS, Jaime. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago: LOM Ediciones (e-book), 2014.

ELIAERTS, Christian & DUMORTIER, Els. Restorative justice for children: in need of procedural safeguards and standards. In: WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jürgen. *Restorative justice*. Theoretical foundations, Portland: Willan Publishing, 2002.

EUA. U.S. Supreme Court. In re Gault, 387 U.S. 1, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>.

EWALD, François. *L'État Providence*. Paris: Grasset & Fasquelle, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. Prefacio. In: GARCIA MÉNDEZ, Emili; BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina*. 2. ed. Buenos Aires, Temis, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC-NAU, 1996.

\_\_\_\_\_. *Il faut défendre la société* (Em defesa da sociedade). Paris: Gallimard, 1997.

\_\_\_\_\_. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso (). *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

HART, H.L.A. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, vol. 64, n. 2, p. 175/191, 1955.

KING, Michael. *Childhood, welfare & justice*. A critical examination of children in the legal and childcare systems. London: Batsford Academic, 1981.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História da criança no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1996. p. 129-145.

MACCORMICK, Neil. Children's rights: a test-case for theories of rights. In: MACCORMICK, Neil. *Legal right and social democracy*. Essays in Legal and Political Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1982.

MELO, Eduardo Rezende. Das medidas específicas de proteção. Art. 100. In: CURY, Munir (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 10. ed. SP: Malheiros, 2010. p. 421-427.

\_\_\_\_\_. *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça*. Uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na lei 12.594/2012. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, ano 22, vol. 109, p. 209-226, 2014.

\_\_\_\_\_. O princípio do interesse superior: como erros de tradução da normativa internacional impactam a garantia de direitos de crianças e adolescentes. *IBDCRIA-ABMP. Boletim de direitos da criança e do adolescente*. São Paulo, n. 9, pp. 5-12. Disponível em: [https://petservicosocial.paginas.ufsc.br/files/2019/05/BOLETIM\\_DE\\_DIREITOS\\_DA\\_CRIANCA\\_E\\_DO\\_ADOL.pdf](https://petservicosocial.paginas.ufsc.br/files/2019/05/BOLETIM_DE_DIREITOS_DA_CRIANCA_E_DO_ADOL.pdf).

\_\_\_\_\_. *Direito ao desenvolvimento*. Arqueologia de um dispositivo na subjetivação de crianças e adolescentes. São Paulo: Intermeios, 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos direitos da criança. *General comment n. 24 on children's rights in the child justice system*, 2019. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f24&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f24&Lang=en).

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

NOVA ZELÂNDIA. *Children, Young persons and their families act*, 1989. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1989/0024/latest/whole.html>.

OEA -Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>.

PLATT, Anthony M. *The child savers*. The invention of delinquency. Chicago: The University of Chicago Press, 1974.

QVORTRUP, Jens. *Children's schoolwork: useful and necessary*. Ghent, 6 (4), pp. 145-162, 2001.

QVORTRUP, Jens. Varieties of Childhood. In: Qvortrup, Jens. *Studies in modern childhood*. Society, agency, culture. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional*. Garantismo, psicanálise e movimento AntiTerror. Florianópolis: Habitus, 2005.

\_\_\_\_\_. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do Homo Sacer (Agamben). In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1986.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*. Adolescente e ato infracional. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SKELTON, Ann; FRANK, Cheryl. How does restorative justice address human rights and due process issues? In: ZEHR, Howard & Toews, Barb, *Critical issues in restorative justice*. New York: Criminal Justice Press, 2004.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

SZYMANSKI, Linda A. Must Judges and Other Court Personnel Receive Special Training with Respect to Preventing and Controlling Juvenile Crime? National Center for Juvenile Justice. *NCJJ Snapshot*, vol 17, n. 14, 2012. Disponível em: [http://www.ncjj.org/pdf/Snapshots/2012/vol17\\_no4\\_Special%20Training%20with%20Respect%20to%20Preventing%20and%20Controlling%20Juvenile%20Crime.pdf](http://www.ncjj.org/pdf/Snapshots/2012/vol17_no4_Special%20Training%20with%20Respect%20to%20Preventing%20and%20Controlling%20Juvenile%20Crime.pdf).

WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Portland: Willan Publishing, 2008.