PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
E POLÍTICAS PÚBLICAS

HUGO FERNANDO LUTKE DOS SANTOS

O MODELO ACUSATÓRIO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL COMO FORMA DE EFETIVAR A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

CURITIBA
2019

HUGO FERNANDO LUTKE DOS SANTOS

O MODELO ACUSATÓRIO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL COMO FORMA DE EFETIVAR A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas, Área de concentração: Políticas Públicas, da Escola de Educação e Humanidades, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas.

Orientadora: Professora Doutora Priscilla Placha Sá.

CURITIBA

2019

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

Santos, Hugo Fernando Lutke dos
S237m O modelo acusatório de apuração do ato infracional como forma de efetivar
2019 a doutrina da proteção integral aos adolescentes em conflito com a lei / Hugo Fernando Lutke dos Santos; orientadora: Priscilla Placha Sá. – 2019.
126 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.
Bibliografia: f. 110-120

1. Direitos humanos. 2. Direitos dos adolescentes. 3. Política pública. I. Sá, Priscilla Placha. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.12191

Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Escola de Educação e Humanidades
Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas

ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE DISSERTAÇÃO Nº. 033/2019
DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE

HUGO FERNANDO LUTKE DOS SANTOS

Aos doze dias, do mês de março de dois mil e dezenove, às catorze horas reuniu-se na Sala de Defesa – localizada no Segundo Andar da Escola de Educação e Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a banca examinadora constituída pelos docentes: Priscilla Placha Sá, André Peixoto de Souza e Cézar Bueno de Lima, para examinar a dissertação do candidato, **HUGO FERNANDO LUTKE DOS SANTOS** ingressante no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas - Mestrado, no primeiro semestre de dois mil e dezessete. Área de concentração: Direitos Humanos, Ética e Políticas Públicas - Linha de pesquisa: Políticas Públicas e Educação em Direitos Humanos. O mestrando apresentou a dissertação intitulada **O MODELO ACUSATÓRIO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL COMO FORMA DE EFETIVAR A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI.** O Candidato fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos Membros da Banca e, após a defesa, o Candidato foi APROVADO pela Banca Examinadora. A sessão encerrou-se às 16 h 10 min. Para constar, lavrou-se a presente Ata, que vai assinada pelos Membros da Banca Examinadora.

Observações: _____

Profª. Drª Priscilla Placha Sá _____
Presidente/Orientadora

Prof. Dr. André Peixoto de Souza _____
Convidado Externo

Prof. Dr Cézar Bueno de Lima _____
Convidado Interno

Profª. Drª. Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos humanos e Políticas Públicas
Stricto Sensu – PPGDH PUCPR

Dedico esse trabalho em memória de meu pai,
Clodomir Lutke dos Santos (*in memoriam*).
Não há palavras para expressar o meu amor por ti.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida. A Jesus Cristo, o maior humanista da história.

A minha amada esposa Janaína Gomes Ribeiro Lutke, companheira, amiga, mulher, a qual carrega em seu ventre o fruto do nosso amor (Martim Ribeiro Lutke), que em breve estará conosco para completar nossa abençoada família.

A minha mãe Laizi Oliveira dos Santos, a qual me concebeu e juntamente com o meu pai Clodomir Lutke dos Santos (*in memoriam*), me educaram e sempre incentivaram em relação aos estudos.

A minha família, aqui englobo minhas irmãs Gisele, Cinara e Patrícia, ao meu sogro Celso, a minha sogra Anita, e aos meus cunhados e sobrinhos. Em especial faço agradecimento a minha irmã Gisele, a qual é fonte de inspiração para minha prática na docência.

À Professora Doutora Priscila Placha Sá, a qual sempre esteve de prontidão aos meus apelos e me conduziu majestosamente nessa jornada de pesquisa. Agradeço por ter me aceito como seu orientando, bem como, foi uma imensa honra tê-la como orientadora.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas (PPGDH), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), especialmente à Coordenadora do (PPGDH), Professora Doutora Maria Cecília Barreto Amorim Pilla, e a todos os professores do PPGDH, em especial a Professora Doutora Amélia do Carmo Sampaio Rossi, Professor Doutor Cezar Bueno de Lima, Professora Doutora Jaci Souza Candiotto, Professora Doutora Jucimeri Izolda de Oliveira, Professora Doutora Miriam Célia Castellain Guebert, Professor Doutor Rodrigo Alvarenga. E por fim, não menos importante, a secretária do PPGDH, e também minha colega de mestrado Maria Braga.

Aos Professores Doutores André Peixoto de Souza e Cezar Bueno de Lima, pelos apontamentos na ocasião da banca de qualificação, e por terem aceitado a avaliar a presente pesquisa.

"Os direitos humanos são violados não só pelo terrorismo, a repressão, os assassinatos, mas também pela existência de extrema pobreza e estruturas econômicas injustas, que originam as grandes desigualdades"
(PAPA FRANCISCO, ano, p.).

RESUMO

A presente pesquisa versa acerca da temática dos direitos e garantias processuais do adolescente em conflito com a lei, partindo da perspectiva do modelo adotado pelo Código Mello de Matos de 1927, para o atual modelo inserido por força do Artigo 227 da Constituição Federal, o qual adotou a doutrina da proteção integral, que é o alicerce do Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo a esclarecer é se o modelo atual previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece e garante ao adolescente em conflito com a lei um modelo acusatório no procedimento de apuração do ato infracional como forma de efetivar uma política pública de defesa que pode compor o equilíbrio entre os sujeitos processuais. Para dirimir tal questão, a presente pesquisa por meio de levantamento bibliográfico e documental, utilizando-se de método dialético, em uma abordagem qualitativa e buscando referenciais teóricos da área do Direito, da Sociologia, e historiadores. Deste modo, a pesquisa propõe discutir que não basta apenas a mudança formal e nominal para doutrina da proteção integral ao adolescente em conflito com a lei, pois a questão de garantias processuais a esses sujeitos processuais em desenvolvimento deve ser prática e efetiva, sob pena da continuidade da roupagem paternalista anteriormente existente na doutrina da situação irregular. Conclui-se que, em que pese o reconhecimento da doutrina da proteção integral em favor do adolescente submetido ao procedimento de apuração de ato infracional, esse ainda possui mitigado seus direitos com base no velho discurso do Código Mello de Matos, de tal forma, restando ainda nítida a interferência e a atuação discricionária do julgador em contraponto aos moldes do sistema acusatório.

Palavras-chave: Adolescentes. Direitos Humanos. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present research deals with the issue of the rights and procedural guarantees of adolescents in conflict with the law, starting from the perspective of the model adopted by the Mello de Matos Code of 1927, for the current model inserted by force of article 227 of the Federal Constitution, which adopted the doctrine of integral protection, which is the foundation of the Statute of the Child and Adolescent. The objective to be clarified is whether the current model envisaged in the Statute of the Child and Adolescent recognizes and guarantees to the adolescent in conflict with the law an accusatory model in the investigation procedure of the infraction act. To solve this question, the present research by means of a bibliographical and documentary survey, using a dialectical method, in a qualitative approach and seeking theoretical references in the field of Law, of Sociology, and historians. In this way, the research proposes to discuss that it is not enough just the formal and nominal change to doctrine of the integral protection to the adolescent in conflict with the law, since the question of procedural guarantees to these developing procedural subjects must have practical and effective, under penalty of continuity of paternalistic dress previously existing in the doctrine of irregular status. It is concluded that, in spite of the knowledge of the doctrine of the integral protection in favor of the adolescent submitted to the procedure of investigation of an infraction, this one still has mitigated its rights based on the old speech of the Code Mello de Matos, of such form, still remaining clear the interference of a discretionary action in counterpoint with the molds of the accusatory system.

Keywords: Adolescents. Human Rights. Public Politics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CIDC	Convenção Internacional dos Direitos da Criança
CMM	Código Mello de Mattos
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FEBEM	Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
MNMMR	Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua
MP	Ministério Público
n.	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PUCPR	Pontifícia Universidade Católica do Paraná
SAM	Serviço de Assistência a Menores
SDN	Sociedade das Nações
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJPA	Tribunal de Justiça do Pará
UOL	Universo Online

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14
2 A LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA.....17
2.1 A NECESSIDADE DE UM APARATO JURÍDICO ESPECÍFICO PARA INFÂNCIA BRASILEIRA - O CÓDIGO MELLO DE MATTOS 17
2.1.1 Os movimentos higienista, filantrópico e jurista e suas influências no Código Mello de Mattos.....17
2.1.2 Da influência da legislação internacional até o advento do Código Mello Mattos.....22
2.1.3 O Código Mello de Mattos e a instituição da doutrina da proteção irregular e a dicotomia menor *versus* delinquente.....25
2.1.4 O processo diferenciado estabelecido no Código Mello de Mattos. O magistrado como autoridade máxima. Em nome do pai, do filho, e do magistrado.....28
2.2 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....32
2.2.1 Da década de 1930 até a promulgação do Código de Menores.....32
2.2.2 O Código de Menores de 1979 e a consolidação da doutrina situação irregular.....34
2.2.2.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU e o reconhecimento da doutrina da Proteção Integral 38
3 O PARADIGMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL 46
3.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 46
3.1.1 O processo democrático em favor da proteção integral da criança e do adolescente 46
3.1.2 A doutrina da proteção integral no texto constitucional brasileiro 48
3.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 52
3.2.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente e consolidação da doutrina da proteção integral.....52
3.3 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: PENA OU ATO DE COMPAIXÃO? 61

3.3.1 Adolescente em conflito com a lei e o dilema da punição ou da socioeducação 61
3.3.2 A natureza jurídica da medida socioeducativa 62
3.3.3 O sistema de direitos e garantais como elemento central do pretenso pedagógico na execução das medidas socioeducativas 69
4 O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO FACILITADOR NA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI 71
4.1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS RECONHECIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI 71
4.1.1 O processo como instrumento de direitos e garantias 71
4.1.2 Os sistemas processuais 73
4.1.2.1 Sistema Inquisitório 73
4.1.2.2 Sistema Acusatório 75
4.1.2.3 Sistema Misto 79
4.1.3 A perspectiva dos princípios e garantias processuais na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente 82
4.1.3.1 Do princípio do devido processo legal 84
4.1.3.2 Do princípio da legalidade 85
4.1.3.3 Do princípio da humanidade 86
4.1.3.4 Do princípio da prioridade absoluta 88
4.1.3.5 Do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento 90
4.1.3.6 Do princípio do melhor interesse do adolescente 92
4.1.3.7 Do princípio da intervenção mínima 94
4.1.3.8 Da defesa técnica 96
4.2 POR UMA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENÇÃO E PROTEÇÃO DA INFÂNCIA.....100
4.2.1 ECA como instrumento de garantias ao adolescente em conflito com a lei ou mais do mesmo? 100
4.2.2 Da necessidade de se efetiva o sistema acusatório no procedimento infracional para que possa servir como instrumento de políticas públicas 108
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....110
REFERÊNCIAS 113

ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO N. 193/89.....125

1 INTRODUÇÃO

Anteriormente ao advento da Constituição da República de 1988, a proteção das crianças e dos adolescentes se restringia aos “menores” em situação de abandono ou aqueles que estavam em estado de delinquência, todavia, com a nova ordem jurídica vigente reconheceu-se a doutrina da proteção integral[1], a qual buscou romper os ditames da doutrina da situação irregular, para assim efetivar políticas públicas em prol da criança e do adolescente.

A nova ordem jurídica estabelecida por meio da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), aliada aos diversos documentos internacionais: Declaração de Genebra (LIGA DAS NAÇÕES, 1924); Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU, 1948); Declaração dos Direitos da Criança (ONU,1959); Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969); Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude de Beijing (ONU, 1985), fez emergir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990a). O ECA atendendo os anseios garantistas previsto na Carta Magna de 1988 introduziu inúmeros instrumentos para efetivar a doutrina da proteção integral.

Nesse contexto, o ECA reconheceu expressamente a necessidade de um procedimento específico para apuração de ato infracional (BRASIL, 1990a, art. 110-111), o qual deve resguardar os direitos e garantias previstas na Constituição da República, bem como, aqueles consagrados no próprio Estatuto.

Deste modo, o processo de apuração judicial do ato infracional deve servir como um escudo protetor ao adolescente em conflito com a lei. Pressupõem que tal procedimento seja norteado pelo sistema acusatório, no qual a figura de um juiz independente e imparcial é fundamental para efetivação de uma política pública para compor o equilíbrio entre as partes.

Contudo, na prática forense, não é incomum constatar, que o adolescente em conflito com a lei recebe tratamento processual mais rigoroso que o imputável, fato

---

[1]“Assim, podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direitos. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade humana” (AMIN, 2015, p. 53).

esse que atinge a esfera da dignidade humana desse indivíduo em condição peculiar de desenvolvimento.

No propósito de estabelecer as diretivas orientadoras dessa pesquisa, alicerçou-se que o objetivo geral é apontar para a necessidade e o reconhecimento do sistema acusatório na terceira fase do processo de apuração do ato infracional. Isso porque, em que pese parte da doutrina não admitir o caráter punitivo da medida socioeducativa em sua essência, a mesma nas hipóteses de semiliberdade e internação, acaba por segregar o adolescente do convívio familiar e social o que, consequentemente acaba por ocasionar um caráter retributivo/punitivo. Deste modo, o processo de apuração do ato infracional deve ser revestido de todas as garantias constitucionais previstas na Magna Carta, efetivando assim um verdadeiro sistema acusatório, o qual deve proporcionar ao adolescente em conflito com a lei uma efetiva defesa técnica. De outro lado, garante a imparcialidade do magistrado, no sentido que esse não fomente a produção de prova ou centralize as decisões processuais em desfavor do adolescente, conforme a prática estabelecida à época do Código Mello de Mattos (BRASIL, 1927).

Os objetivos específicos pretendem: I) analisar as legislações brasileira que adotaram em seu escopo a doutrina da situação de irregular, bem como, seus reflexos ainda nos dias de hoje; 2) demostrar o reconhecimento da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico por intermédio da nova ordem constitucional e ECA; 3) e reconhecer que no atual cenário jurídico pátrio o reconhecimento do sistema acusatório como garantidor de uma política pública de composição do equilíbrio processual no procedimento de apuração do ato infracional.

No primeiro capítulo, faz-se um recorte histórico da legislação brasileira em face a infância, principalmente em relação a adoção do doutrina da situação irregular. Na aludida seção demonstra-se conceitos e mitos herdados da velha doutrina da proteção irregular que ainda se manifestam nos dias de hoje, bem como o início do rompimento da mesma doutrina, por força dos documentos históricos de proteção à criança de cunho internacional.

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar o rompimento legal da doutrina da situação irregular por meio da doutrina da proteção integral, a qual alicerçada na ideologia democrática da Constituição Brasileira (CF) (BRASIL, 1988) e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989), acabou por

reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direito, de tal modo, consolidando a referida doutrina após a promulgação do ECA (BRASIL, 1990a). Não obstante, intenciona discutir o caráter sancionatório ou educacional da medida socioeducativa aplicada ao adolescente em conflito com a lei.

Por fim, no terceiro capítulo objetiva-se demonstrar a influência constitucional e do ECA (BRASIL, 1990a) em relação aos direitos e garantias processuais assegurados ao adolescente submetido ao procedimento de apuração do ato infracional. Indicando os sistemas processuais existentes e suas particularidades para um processo democrático. Por fim, destaca-se todo o arcabouço principiológico introduzido pela CF (BRASIL, 1988) e ECA (1990a), o qual indica que o modelo acusatório deve ser reconhecido e aplicado no âmbito infracional, visto que assegura uma maior proteção ao adolescente em condição peculiar de desenvolvimento, bem como o equilíbrio processual dos sujeitos do processo na apuração do ato infracional.

A presente pesquisa terá como base exames bibliográficos, documentais e jurisprudenciais, por meio da análise dos dados teóricos registrados, alicerçados na conveniência e atualidade com o tema ora investigado. Os métodos aqui utilizados para promover a presente pesquisa serão o dedutivo e sua construção lógica, para que se alcance uma conclusão baseada em fundamentos a partir de princípios e teorias, além das leis; e o dialético, considerando os fatos dentro do atual contexto histórico e suas contradições (DINIZ, 2008).

Com a presente estrutura da pesquisa, o estudo pretende investigar o contexto histórico e atual envolvendo as garantias processuais que são resguardadas ao adolescente em conflito com a lei. Busca-se demonstrar a necessidade da quebra efetiva do paradigma que o adolescente não pode ter mitigados seus direitos quando lhe imputado uma conduta descrita na lei penal e submetido à apreciação judicial, visto que no âmbito judicial é que lhe deve ser assegurada todas as garantias processuais, na condição de sujeito de direito que lhe assegurada pela doutrina da proteção integral.

Finalmente, ressalta-se que a presente dissertação integra um Programa de Pós Graduação *Stricto sensu* em Direitos Humanos e Políticas Públicas, que se caracteriza em sua concepção metodológica interdisciplinar, em razão disto, propôs-se buscar os conceitos das áreas do Direito, do Serviço Social, da Sociologia e da História, articulando-as de forma integrada e indissociável.

2 A LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA

2.1 A NECESSIDADE DE UM APARATO JURÍDICO ESPECÍFICO PARA INFÂNCIA BRASILEIRA - O CÓDIGO MELLO DE MATTOS[2]

2.1.1 Os movimentos higienista, filantrópico e os juristas, e suas influências no Código Mello de Mattos

O olhar atual à legislação da infância parece permitir indicar permanências de instrumentos legais que a antecede, especialmente, nos marcadores de uma perspectiva higienista, filantrópica e jurídico. Nesse sentido, mesmo distante de qualquer pretensa narrativa macro-histórica ou de uma história universal da infância que fosse totalizante ou que constituísse uma meta-narrativa, o objetivo do presente capítulo é marcar alguns pontos que – desde a questão legislativa – serão percebidos como ainda presentes na legislação atual.

Na metade do século XIX, são promulgadas algumas leis que tratam da formação educacional das crianças brasileiras, sendo que nesse período havia uma abertura para inclusão da criança pobre, situação essa não contemplada nas políticas públicas educacionais da República (RIZZINI, 2009). Porém, o grande marco em relação à infância brasileira no século XIX - que irá ter reflexos na adoção dos modelos repressivos do século XX, é a Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), a qual declarava em seu art. 1[3], que os filhos de escravos

---

[2] José Candido de Albuquerque Mello de Mattos, nascido em Salvador/Bahia, em 19 de março de 1864, era filho do Desembargador Carlos Espiridião de Mello Mattos. Concluiu o curso de Direito na Faculdade de Direito de Recife/PE, em meados de novembro do ano 1887, quando tinha apenas 23 anos de idade. Inicialmente atuou profissionalmente como advogado criminalista, todavia, pouco tempo após o seu início na militância da advocacia foi convocada a ser promotor de justiça em uma pequena cidade de Minas Gerais. Ao completar um ano na promotoria em Minas Gerais, foi transferido para Capital Federal à época Rio de Janeiro/RJ, onde assumiu o cargo de promotor Adjunto da Promotoria do Distrito Federal (1889-1891). No início do século XX, ingressou na política como Deputado Federal, sendo que posteriormente atuou na área da educação. Devido a sua grande atuação na área da criança, ficou conhecido como Apóstolo das crianças, onde posteriormente veio a ser o primeiro Juiz de Menores e percursor do Código de Menores de 1927. Na década de 30, foi eleito vice-presidente da Associação Internacional de Juízes de Menores, com sede na cidade Bruxelas, na Bélgica. Faleceu na cidade do Rio de Janeiro em 03 de janeiro de 1934 (RIZINNI, 2011).

[3] Art. 1. Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de crial-os e tratal-os até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãi terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600$000, ou de utilisar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro

nascidos a partir da publicação da aludida Lei, eram considerado livres (BRASIL, 1871). Todavia, os senhores tinham a obrigação de cuida-los e trata-los até que aqueles atingissem os 08 (oito) anos de idade completos, sendo que ao chegar nessa idade ficava a discricionariedade do senhor de utilizar dos serviços daquele até os 21 (vinte e um) anos ou receber uma indenização pecuniária do Império.

Em consequência da Lei do Ventre Livre (BRASIL,1871) e Lei Áurea (BRASIL,1888), surge um novo problema social no território brasileiro, visto que naquele dado momento histórico os escravos e seus filhos adquirem a condição de homens livres, entretanto, não existiam condições materiais para o pleno exercício de cidadania (RIZZINI, 2011). Desse fato, e devido à falta de amparo social para com os filhos dos escravos, acabou gerando duas categorias de crianças, a primeira conhecida como “criança pobre”, que dispunha de uma família, todavia, tal família era ignorante e desprovida de recursos financeiros, e a segunda categoria que era intitulada de “menores abandonados”, constituída por aqueles que passavam a perambular nas ruas dos grandes centros, ora mendigando, ora brincando ou cometendo pequenos furtos.

Na metade do século XIX, um novo paradigma começou a surgir em relação à criança pobre brasileira, qual seja, a concepção higienista:

---

caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar a idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2º Qualquer desses menores poderá remir-se do onus de servir, mediante prévia indemnização pecuniaria, que por si ou por outrem offereça ao senhor de sua mãi, procedendo-se á avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver accôrdo sobre o quantum da mesma indemnização.

§ 3º Cabe tambem aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquellas estiverem prestando serviços. Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mãis. Se estas fallecerem dentro daquelle prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do Governo.

§ 4º Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito annos, que estejam em poder do senhor della por virtude do § 1º, lhe serão entregues, excepto se preferir deixal-os, e o senhor annuir a ficar com elles.

§ 5º No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de 12 annos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava subrogado nos direitos e obrigações do antecessor.

§ 6º Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1°, se, por sentença do juizo criminal, reconhecer-se que os senhores das mãis os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos.

§ 7º O direito conferido aos senhores no § 1º transfere-se nos casos de successão necessaria, devendo o filho da escrava prestar serviços á pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava” (BRASIL, 1888).

> os médicos higienistas procuraram atacar a questão da infância abandonada em várias frentes: combate à mortalidade infantil; cuidados com o corpo (estímulo à educação física, aos esportes, à amamentação e à alimentação corretas); estudos; importação de conhecimentos e campanhas de combate às doenças infantis; educação das mães; introdução da Pediatria e da Puericultura, como novas áreas de conhecimento; campanhas de higiene e de saúde pública; etc. (MARCÍLIO, 1998, p.194).

Os programas higienistas tiveram como seu grande mentor o Dr. Moncorvo Filho, o qual dedicou a vida a desenvolvê-los, seguindo a trilha iniciada por seu pai, Dr. Carlos Arthur Moncorvo de Figueiredo, tido como o fundador da pediatria no Brasil (RIZZINI, 2011).

É importante ressaltar que essa concepção higienista surge exatamente no momento histórico em que o Brasil passa por uma transformação, haja vista o êxodo rural. Desta forma, a prática médica é de salutar importância para minimizar os efeitos de epidemias que assolavam os grandes centros, sendo que as taxas de mortalidade infantil eram altíssimas nesse período, o que levou um maior enfoque para essa categoria:

> na arte de cultivar crianças, o higienismo médico se colocou como o melhor aliado do Estado e a ele pode ser creditado, em grande parte, o surgimento do sentimento de infância no Brasil. A criança surge como futuro do homem e da pátria devendo sua autonomia ser desenvolvida (ARANTES, 2009, p. 187).

Essa mudança de paradigma em relação à infância no sentido do futuro do país, também é apontada por Rizzini:

> na lógica do pensamento de então, um projeto político que efetivamente transformasse o Brasil numa nação civilizada implicava na ação sobre a infância. Moldá-la de acordo com o que se queria para o país. Paradoxalmente, sabia-se, a exemplo dos nossos países-modelo, que não seria fácil obter simultaneamente - um povo educado, mas não ao ponto de ameaçar os detentores do poder; um povo trabalhador; um povo acalentasse amor à sua pátria, mas que não almejasse governá-la. Missão no mínimo delica, diante dos exemplos históricos de insubordinações populares e das idéias que sopravam nos ares sobre o efeito assustador da união das classes operárias, justo nos países civilizados (2011, p. 86).

Diante do fenômeno do êxodo rural e a necessidade preparar e doutrinar aquelas crianças que seriam o futuro do Brasil, vislumbra-se que a concepção higienista adota à época, partia do conceito de biopolítica de Foucault. Isso porque, através da medicina se poderia adestrar os corpos daqueles jovens que

representariam o futuro da nação:

> o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política (FOUCAULT, 2001, p. 80).

O modelo higienista de controle social buscava acima de tudo a prevenção, sendo que essa atuação poderia ocorrer antes mesmo do nascimento de uma criança, pois no modelo defendido à época a união de pessoas como moléstias adquiridas, congénitas, hereditárias ou por influência do meio social deveriam ser evitadas, visto que estariam dessa forma prevenindo a delinquência infantil. Portanto, a fim de evitar essa "herança maldita" a intervenção em relação à família pobre deveria ser realizada mediante palestras e serviços, entretanto, quando a família não mais existisse a atuação deveria ocorrer diretamente no menor abandonado, o qual deveria ser internado em instituições de preventivas, para que assim, pudesse minimizar ou extirpar a possibilidade de herança genética dos genitores (RIZZINI, 1993).

Porém, não foram somente os médicos que buscaram tutelar a infância e juventude desvalida nesse período, isso porque, os juristas no final do século XIX, observaram a necessidade de uma atuação mais aprofundada em relação àquela categoria. A respeito da atuação dos juristas em relação à categoria infância, Rizzini diz:

> a educação moralizadora da população pobre, porém, digna, era igualmente reconhecida como parte da missão do jurista. Entretanto, seu 'domínio' diferenciava-se daquele do médico. A esfera jurídica encarregava-se de regulamentar matérias que coagissem os indivíduos a respeitarem as normas condizentes com a moral, os quais levariam a nação à sua meta civilizatória. [...] poder-se-ia atribuir ao papel do jurista, senão o de ser mais incisivo no controle social, legitimando a intervenção autoritária do poder público sobre a população (por exemplo, defendendo que se '*anulasse a ficção do pátrio poder*'), sob o disfarce de uma ação humanitária de '*prevenção moralizante e salutar*' (2011. p. 63).

A professora Irma Rizzini (1993), também alerta para a construção do conceito de "menor" invocada pelos juristas. Estes atribuíam aquela categoria a partir de critérios de moralidade vinculados a classe social pertencente, ou seja, a concepção do "menor" quase sempre está ligado a pobreza, abandono moral e a

criminalidade, sendo que a solução para reinserir aquela categoria a sociedade seria o afastamento da sociedade por intermédio da assistência asilar e muita disciplina.

A atuação em conjunto da Medicina e do Direito acabou por iniciar o modelo brasileiro de internação/prisão no Brasil para menores pobres ou infratores, sendo que os valores fundamentais para recuperação daqueles seriam o labor, a educação e a disciplina (MARCÍLIO, 1998). A comunhão entre Direito e Medicina produziu efeitos imediatos nas crianças brasileiras, sendo que a Medicina remetia seus esforços na atuação higienista em face da criança pobre de família de escassos recursos financeiros, as quais não eram consideradas imorais, visto que não possuíam comportamentos desviantes diante a sociedade. Por sua vez, o Direito tinha atuação direta e incisiva em relação às crianças, que haviam perdido sua inocência e, por isso, estavam à mercê do perigo, tão logo eram considerados pequenos delinquentes, e necessitavam uma atuação mais rigorosa da justiça (RIZZINI, 2011).

Pode-se constatar que a atuação em conjunto da Medicina e do Direito fez surgir a fase da filantropia. De antemão, a história brasileira reserva em seus primórdios o exercício da caridade pela igreja católica aos desfavorecidos. Esse sistema de caridade por muito tempo perdurou no Brasil, sendo que um dos alvos da caridade era justamente a criança pobre ou abandonada.

O sistema de caridade utilizado ao longo dos séculos alicerçado pela Igreja Católica, já se encontrava desgastado e pouco recomendável, a sociedade brasileira fazia apelo a um novo sistema do qual existisse a atuação do Estado, conforme já havia sido implementado nos países desenvolvidos (RIZZINI, 2011). Deste modo, surge a movimento da filantropia em relação às crianças brasileiras.

O conceito de filantropia apresentado por Rizzini é o “amor à humanidade” (2011, p. 92). A atuação da filantropia no Brasil foi um marco para pressionar o Estado para que assumisse a sua responsabilidade perante a infância e juventude, para que assim adotasse políticas públicas em favor dessas categorias:

> a filantropia surge como modelo assistencial que se apresenta capacitado para substituir o modelo representado pela caridade. Fundamentada pela ciência, a filantropia atribui-se a tarefa de organizar a assistência no sentido de direcioná-la às novas exigências sociais, políticas, econômicas e morais, que nascem juntamente com a República (RIZZINI, 1993, p. 48).

No final do século XIX, o imaginário da criança brasileira é construído pela

sociedade como futuro da nação, ou seja, aquela que poderia alavancar o Brasil a condição de “nação evoluída” no modelo Europeu. Porém, a realidade do país em relação à infância no final do século XIX, era bem distante do discurso da proteção infantil, isso porque, havia uma imensidão de crianças abandonadas e desamparadas economicamente, circunstância essa que ameaçava o projeto de “nação evoluída” com alicerce nas crianças, as quais o discurso da época seriam o “futuro do país” (RIZZINI, 2011).

Deste modo, à atuação do movimento higienista e jurista acabou por consolidar duas categorias de infância brasileira, quais sejam, a primeira denominada criança, a qual estava vinculada a família e possuía o respeito estatal e os direitos inerentes à cidadania, e a segunda categoria do menor. Essa, subdividia-se em duas espécies, uma a do “menor pobre”, mas moralmente não corrompido, a qual tinha a interferência higienista nos moldes da biopolítica, ou seja, adestrar e preparar aqueles corpos para o mercado de trabalho; e a outra a de “menor abandonado”, o qual era visto como um perigo a sociedade, haja vista, que esses já estavam desvirtuados e deveriam ser contidos para evitar problemas maiores aos “cidadãos de bem”. E com base nessa divisão de categorias e com a benção legal por meio do Código de Mello de Mattos (BRAIL, 1927), é que foram cometidas grandes atrocidades em face das crianças e adolescentes brasileiras.

2.1.2 Da influência da legislação internacional até o advento do Código Mello Mattos

Ao final do século XIX, começaram a surgir em outros países legislações voltadas para os interesses das crianças e adolescentes, as quais removiam aqueles do processo criminal adulto, tratando-os de forma diferenciada. O grande marco jurídico que influenciou diretamente o Brasil, fora a criação em 1899, do primeiro tribunal de menores em Chicago, Illinois, nos Estados Unidos da América (MÉNDEZ, 1998).

Após a implementação do Tribunal de Menores de Illinois, outros países do velho continente, também adotaram os tribunais de Menores, segundo Méndez “[...] os tribunais de menores foram criados em 1905 na Inglaterra, em 1908 na Alemanha, em 1911 em Portugal e na Hungria, em 1912 na França, em 1922 no Japão, em 1924 na Espanha” (1998, p. 52).

Na América Latina o ano de 1916, fora um importante marco para tutela jurídica das crianças latino americanas, haja vista que naquele ano se realizou na cidade de Buenos Aires, Argentina, o primeiro Congresso Americano da Criança:

> este será o primeiro encontro entre países americanos, os quais manterão uma sistematicidade de debates em congressos realizados a cada quatro anos, sob a coordenação da Organização dos Estados Americanos (OEA). O debate ultrapassa fronteiras e atinge fóruns políticos internacionais e ganha novos aliados (RIZZINI, 2009, p. 126).

No ano de 1922, dois eventos marcaram o debate em torno do tema da criança, sendo que ambos ocorreram em território nacional. O primeiro evento foi denominado de I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, o qual fora presidido pelo médico Dr. Moncorvo Filho. Já o segundo evento foi o III Congresso Americano da Criança, realizado na cidade do Rio de Janeiro, sendo presidido pelo também médico Dr. Olinto Pereira. Percebe-se, que em ambos congressos foram presididos por médicos, restando cristalina a interferência higienista em relação a categoria criança nesse período.

Nos debates realizados nos eventos citados, ficou evidente que o discurso tutelar se propagava, isso porque, se tornava necessária a intervenção estatal em relação a criança pobre, a qual poderia ser um risco para o desenvolvimento do país, bem como, para sociedade da época. A respeito do tema Gizele de Souza e Andréa Cordeiro, mencionam:

> assim, medidas que visarão proteger e assistir às crianças e suas famílias, promovendo uma melhora na sua segurança e bem estar se entretecerão às que se produzirão no intento de ampliar a vigilância, punição e controle das crianças, sobretudo das pobres, à potencial ameaça que estas representavam aos processos de progresso e modernização das nações. Em ambos os casos, a ideia de futuro enlaçada à de criança parece ser um grande motor das ações em prol da infância neste início de século. A criança pobre, mal nutrida, perambulando solta pelas ruas da cidade escapava ao projeto de ordem e progresso tão desejado. O ordenamento e saneamento da cidade, bem como a prosperidade da nação e do continente dependiam em muito do controle da população pobre e as crianças eram parcela decisiva deste grupo potencialmente compreendido como perigoso. (2015, p. 10-11).

Diante do quadro apresentado naquele dado período, foi sendo construída a doutrina do direito do menor, a qual estava alicerçada no binômio carência-delinquência. Era perceptível que atuação estatal era seletivista, pois estava condicionada ao dever de proteger os menores desvalidos economicamente e

aqueles em situação de criminalização, sendo que para atingir seus fins, pouco importava a forma, ou seja, não havia garantias para aqueles seres humanos (AMIN, 2015).

No final do ano de 1923, foram promulgados dois Decretos de grande relevância para causa da criança no Brasil. O primeiro deles foi o Decreto n. 16.272, que regulamentava a assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes; em seu art. 24[4] do referido Decreto, estabelecia puramente o critério objetivo de imputabilidade, visto que excluía expressamente os menores de 14 anos da condição de sujeito no processo penal pátrio (BRASIL, 1923a). Já o segundo aparato legal publicado, foi o Decreto n. 16.273, que reorganizava a Justiça no Distrito Federal, que incluiu a figura do Juiz de Menores[5] na administração da Justiça (BRASIL, 1923b).

Importante destacar a figura do Dr. José Candido de Albuquerque Mello de Mattos[6], que foi o primeiro juiz de menores da América Latina, tendo realizado seu primeiro despacho no início do ano de 1924 (RIZZINI, 2009).

No ano de 1924, também foi relevante na produção legislativa na seara da criança e do adolescente, o Decreto n. 16.300, que instituiu a *Inspectoria de Hygiene* Infantil, como parte do Departamento Nacional de Saúde Pública, o qual foi fruto de um trabalho árduo do médico Dr. Moncorvo Filho (RIZZINI, 2009). Já o Decreto 16.388 de 17 de fevereiro de 1924, aprovou o regulamento do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores (BRASIL, 1924), o qual segundo Rizzini, “viria posteriormente a ser embutido no Capítulo V, da Parte Especial do Código de Menores de 1927” (2009, p. 130).

No final do ano de 1926, foi publicado o Decreto n. 5.803, o qual instituiu o Código de Menores (CM) em nosso ordenamento jurídico, sendo que o objetivo do diploma legal era determinado em seu art. 1, que possuía a seguinte redação:

---

[4]“Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva” (BRASIL, 1923a).

[5] “Art. 1. A administração da justiça, no Districto Federal, é exercida pelas seguintes autoridades: [...] 3º. Juiz de menores. [...]” (BRASIL, 1923b).

> o Governo consolidará as leis de assistencia e protecção aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adoptando as demais medidas necessarias á guarda, tutela, vigilancia, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando redacção harmonica e adequada a essa consolidação, que será decretada como o Codigo dos Menores BRASIL, 1926).

Contudo a consolidação do Decreto n. 5.803 (BRASIL, 1926), somente veio ao ocorrer no dia 12 de outubro de 1927, quando então foi publicado o Decreto n. 17.934-A (BRASIL, 1927), que consolidava a lei de assistência e proteção aos menores, constituindo em definitivo o CM. Este código viria a ser conhecido como Código Mello de Mattos, em uma referência ao primeiro juiz de menores da América Latina, o qual teve um importante papel para implementação e efetivação da legislação em favor das crianças e adolescentes.

Percebe-se que até o surgimento do CM (BRASIL, 1927), vários outros instrumentos legislativos foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio. Sendo que esses foram reflexos de movimentos que se desdobravam em outras partes do mundo, não é toa, que a preocupação com a criança pobre brasileira passou a ser tida como essencial nesse dado momento histórico, isso porque, a necessidade do Estado tutelar e docilizar as crianças desvirtuadas era uma medida necessária para o projeto de nação idealizada pelos governantes da época.

2.1.3 O Código Mello de Mattos e a instituição da doutrina da proteção irregular e a dicotomia menor *versus* delinquente

Com o advento do Código de Menores “Mello Mattos”, restou consolidada a denominada etapa tutelar do Direito penal juvenil brasileiro (SPOSATO, 2014). A etapa tutelar concedia ao poder judiciário implementar o saneamento social em relação aos jovens, que nada mais era, que aplicar sanções diferenciadas aos jovens indesejáveis da época, quais sejam, crianças pobres abandonas e pequenos infratores:

> o juiz se converte, assim, em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, sem estar condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhas seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente, sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes (SPOSATO, 2014, p. 80).

A redação do art. 1 do Código Mello de Mattos (CMM), bem retrata a preocupação de tutelar determinadas categorias. Vejamos o dispositivo legal citado:

> o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.

Não há dúvidas de que existiam duas categorias predefinidas pelo CMM, quais sejam, a dos "*abandonados* (incluindo os vadios, mendigos e libertinos, conforme o arts. 28, 29 e 30 do Código) e os *delinquentes*, independentemente da idade que tivessem, desde que fosse inferior a 18 anos" (LIBERATI, 2012, p. 66).

A definição legal da categoria denominada *abandonados* estava disposta no art. 26 do CMM, que assim dizia:

> consideram-se abandonados os menores de 18 annos:
> I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desapparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;
> II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;
> III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;
> IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;
> V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;
> VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.
> VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:
> a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;
> b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;
> c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;
> d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;
> VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;
> a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;
> b) a qualquer pena como co - autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes (BRASIL, 1927).

Por sua vez o art. 68 do CMM (BRASIL, 1927), dispunha acerca da categoria *delinquente*:

> o menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.
> § 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.
> § 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos.
> § 3º si o menor não fôr abandonado. nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.
> § 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.623.).

O CMM (BRASIL, 1927), estabeleceu uma diferenciação precisa em relação à categoria “criança” e “menor”, pois, mediante a simples leitura dos dispositivos legais supracitados, verifica-se que o Código possuía seu público alvo definido, quais sejam, menores indesejáveis na sociedade brasileira naquele dado momento histórico.

A conclusão dessa diferenciação parecer ser bastante óbvia, haja vista que a categoria menor abandonado (BRASIL, 1927, art. 26), era retratada como aquelas crianças que estavam no ócio e poderiam em um futuro breve se tornar delinquentes. Deste modo, seria necessário a interferência estatal para impossibilitar que aqueles se tornassem delinquentes. Já a categoria delinquente (BRASIL, 1927, art. 68), era atribuída aquele jovem que havia violado a lei penal, tão logo, não restava alternativa que a fixação de medidas de cunho de controle e repressão.

Em que pese à diferenciação legal entre menores abandonados e delinquentes, era incumbência do magistrado em aplicar as medidas de “proteção” para aquelas categorias, todavia, conforme menciona Liberati (2012) inexistia uma diferenciação entre as categorias menores abandonados e delinquentes no momento da aplicação das medidas, tão logo, ao menor delinquente que cometesse a violação da norma penal, seria lhe aplicada medidas mais gravosas, ao passo que ao menor abandonado, também seria possível a aplicada às medidas de internação em asilo ou orfanato, conforme a discricionariedade do magistrado.

Não à toa, que nesse período os números de internações por tempo indeterminado dessas categorias fora absurdamente elevado, haja vista, que no pretexto de protegê-las, os magistrados, buscavam atender o desejo de higienização social idealizada naquele período. Ressaltando que a atuação do magistrado não se limitava apenas no momento da aplicação do direito ao “menor” junto ao Juízo de Menores, isso porque, aquele tinha influencia e controle das instituições oficiais, semioficiais e particulares com subvenção do governo (RIZZINI, 1993).

Deste modo, ao juiz bastava ser um homem honrado e comprometido com os ideais da família daquela época, para que assim, através de sua benevolência pudesse escolher o caminho correto a ser traçado pelo menor subordinado ao seu poder. A discricionariedade do magistrado era característica essencial da etapa tutelar instituída pelo CMM, sendo que tal situação resta evidente ao analisar a questão processual da aplicação das medidas aos menores abandonados e delinquentes.

2.1.4 O processo diferenciado estabelecido no Código Mello de Mattos. O magistrado como autoridade máxima. Em nome do pai, do filho, e do magistrado

O CMM fixou seu limite de atuação para o adolescente maior de 14 anos e com menos de 18 anos (BRASIL, 1927, art. 69)[7], ao passo que o menor de 14 anos, não seria submetido a processo penal algum, contudo, deveria a autoridade competente colher algumas informações e registrar (BRASIL, 1927, art. 68)[8]. Convém gizar ainda que os parágrafos[9] do art. 69 do CMM, possibilitava a

---

[7]‘Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda’ (BRASIL, 1927).

[8]‘Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva’ (BRASIL, 1927).

[9] ‘Art. 69 [...]

§ 1. Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.

intervenção discricionária do magistrado em relação ao menor de 14 anos, o qual poderia inclusive ser submetido ao internamento em instituições totais, desde que o magistrado entendesse que seria pertinente tal medida (BRASIL, 1927).

Deste modo, a partir do cometimento da infração penal pelo menor delinquente ou na hipótese do menor em estado de abandono, aqueles estariam sujeito a um processo diferenciado, o qual seria conduzido pelo magistrado do juízo de menores.

O processo de natureza diferenciada aplicado aos menores e delinquentes tinha como característica a discricionariedade do magistrado, ao qual era lhe concedido mediante a lei e ao amor que era depositada em sua figura, trilhar o melhor destino aos menores abandonados ou delinquentes. Conforme bem diz Schecaira, “na realidade, as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão. No amor não há limites, na justiça sim” (2014, p. 38).

A figura valorativa do magistrado do Juizado de Menores é enaltecida inclusive pela doutrina da época, conforme fez Francisco Pereira de Bulhões Carvalho:

> na verdade, como o temos sustentado em repetidos livros, ‘o Juiz de Menores no nosso imenso Brasil, que primeiro souber reunir o esforço de toda população de sua comarca em torno à sua atividade em favor do acolhimento e assistência das crianças e adolescentes, como procurou fazer Mello Mattos, e o fez com tamanho êxito, se levar a bom termo esse empreendimento, produzirá uma centelha que iluminará nossa pátria duma nova luz, para a solução do difícil problema do amparo ao menor em perigo’ (1978, p. 25).

Não obstante a discricionariedade concedida à figura do juiz amoroso que traçaria o melhor caminho para aquele adolescente que teria se desvirtuado das regras de boa convivência social, existia ainda em desfavor dos adolescentes infratores da lei total falta de garantias processuais.

O Capítulo II, do CMM, trazia os dispositivos legais acerca do processo para o menor abandonado, bem como, para menor delinquente. O primeiro dispositivo legal

---

§ 2. Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco annos.
§ 3. Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario à sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no máximo” (BRASIL, 1927).

a contemplar o protagonismo do magistrado em relação ao processo, é o art. 159 do CMM[10], o qual respeitando a concepção higienista aplicada à época, determinava que o menor delinquente/abandonado, seria recolhido ao abrigo, não antes, sem ser submetido a exame médico e pedagógico, para que posteriormente fosse iniciado o processo propriamente dito (BRASIL, 1927). Percebe-se ainda, a nítida influência da biopolítica, tendo em conta que, ao aplicar os preceitos do art. 159 do CMM (BRASIL, 1927), o juiz determinava e submetia o adolescente infrator a um exame médico, o qual tinha o intuito de verificar a saúde física do adolescente, de modo que após seu adestramento social, mediante instituições totais, pudesse retornar ao mercado de trabalho do capital.

A questão da Medicina e da biopolítica também era apresentada no processo de apuração de fato definido como crime em relação ao menor delinquente, isso porque, o art. 175[11] do CMM (BRASIL, 1927), determinava que após o recebimento do inquérito policial o menor delinquente fosse submetido ao médico-psicológico e pedagógico. No aspecto inquisitorial e discricionário do magistrado no CMM (BRASIL, 1927), resta também presente art. 160[12], o qual permitia o magistrado ao seu bel prazer proceder de ofício investigações que entendesse pertinentes ao caso.

Em relação ao processo de verificação de estado de abandono, o CMM dispunha em seu art. 161 e parágrafos[13], preceitos que indicavam a atuação

---

[10]"Art. 159. Recebendo o menor, o juiz o fará recolher ao Abrigo, mandará submettel-o a exame medico e pedagogico, e iniciará o processo, que na especie couber" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[11]"Art. 175. Recebendo o inquerito policial, o juiz submetterá o menor a exame medico-psyehologico e pedagogico, informar-se-ha do seu estado physico, mental e moral, e da situação moral, social e economica dos paes, tutor encarregado da sua guarda, nomeará defensor, si o não houver, e ouvirá o curador, depois do que conforme o caso, póde: [...]" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[12]"Art. 160. Antes de ser iniciada a acção propria, o juiz pôde proceder administrativamente ás investigações que julgar convenientes, ouvindo o curador de menores quando entender oportuno" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[13]"Art. 161. O processo para verificação do estado de abandono de menores é summarissimo.

§ 1. Este processo póde começar ex-officio, por iniciattiva do curador, a requerimento de algum parente do menor ou por denuncia de qualquer pessoa, sendo dispensavel a assistencia de advogado.

§ 2. Iniciado o processo por uma das fórmas indicadas no paragrapho precedente, será notificado o pae, a mãe o tutor ou encarregado da guarda do menor, para comparecer em juizo, assistir á justificação dos factos allegados, com intervenção do curador, e apresentar sua defesa, requerendo as diligencias que lhe convier (BRASIL, 1927, grifo nosso).

§ 3. Si o juiz quizer mais amplos esclarecimentos, como exame pericial ou outros, ordenará sua execução no mais curto prazo.

§ 4. Com as provas produzidas, irão os autos a conclusão do juiz, que depois de ouvir o curador, proferirá sentença.

§ 5. Da sentença caberá, appellação para o Conselho Supremo da Côrte de Appellação, reeebida sómente no effeito devolutivo.

inquisitorial que o processo tramitava, como: a) a dispensa da atuação do advogado no referido processo; b) a determinação de perícias e outros elementos para esclarecimento no mais breve tempo possível (BRASIL, 1927).

Já o processo de apuração de crime praticado por menor delinquente estava previsto no art. 169 e seguintes do CMM[14], e tal como ao procedimento do menor abandonado, possuía como característica marcante a atuação diligente do magistrado, o qual possuía o poder discricionário de solicitar diligências a autoridade policial[15], sendo que está última era o braço direito do magistrado na busca de "salvação" do menor delinquente.

O CMM em diversos dispositivos (art. 174[16]; art. 176[17]), auferia total liberalidade ao magistrado para que aquele pudesse escolher o melhor destino ao menor delinquente (BRASIL, 1927).

Deste modo, não raro o instinto paternal concebido ao magistrado pelo CMM (BRASIL, 1927), acabou por criar situações de arbitrariedade e ofensa aos jovens

---

§ 6. Os prazos, termos e demais formalidades do processo são os determinados no Codigo de Processo Civil e Commercial para as acções summarissimas.
§ 7. Conforme a natureza e as circunstancias do abandono o processo póde ser paramente administrativo" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[14]"Art. 169. Em caso de crime a autoridade policial competente, dentro do prazo maximo de 15 dias, precederá as diligencias de investigação o inquirição de testemunhas, que reduzirá a autos, e remetterá ao juiz de menores, com o auto de exame de corpo do delicto, certidão do registro civil de nascimento do menor, individual dactyloscopica, folha de antecedentes, boletim a que se referem os art. 416 e 417 do Codigo do Processo Penal, quaesquer documentos que se relacionem com a infracção penal o mais esclarecimentos necessarios.
§ 1. Si não fôr possivel obter a certidão do registro civil do nascimento do menor, será este submetido a exame medico de idade.
§ 2. Lavrado o auto de flagrante pela autoridade competente, esta remetterá o menor sem demora ao juiz do menores, e proseguirá no inquerito.
§ 3. Embora não tenha havido prisão em flagrante, a autoridade policial apresentará o menor ao,juiz na mesma occasião em que lhe remetter os autos, para o que fará apprehensão delle.
§ 4. Nenhum menor de 18 annos, preso por qualquer motivo ou apprehendido, poderá ser recolhido a prisão commum; a autoridade policial o recolherá, a logar apropriado, separado dos presos que tenham mais de 18 annos da idade, e o remetterá sem demora ao juiz de menores, solicitando a este o seu comparecimento ás diligencias, quando sua presença fôr necessária" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[15] "Art. 170. As autoridades policiaes executarão as diligencias que lhes forem requisitadas pelo juiz de menores e prestarão a este o auxilio necessario (BRASIL, 1927, grifo nosso).

[16] Art. 179. Durante a instrucção do processo, o juiz póde, conforme os antecedentes do menor, sua idade e a natureza da infracção penal, e a situação dos paes ou tutor ou guarda:
I, entregal-o aos paes ou tutor ou pessoa delle encarregada, sendo idoneos, com obrigação, de o apresentar todas as vezes que fôr necessario;
II, entregal-o aos mesmos individuos, mediar te fiança;
III, internal-o no Abrigo de Menores ou em algum inatituto que, julgue conveniente" (BRASIL, 1927).

[17] "Art. 176. E' facultado ao juiz:
I, indeferir o requerimento do curador para ser archivado o processo, e proceder ex-officio;
II, independentemente de requerimento do curador, ordenar o depoimento de testemunhas, que não estejam arroladas na denuncia, " que lhe pareçam necessarias;
III, ordenar as diligencias que entender convenientes" (BRASIL, 1927, grifo nosso).

brasileiros daquela época. Isso porque, o CMM ao centralizar o processo nas mãos do magistrado acabou por criar um sistema inquisitorial, no qual o menor abandonado/delinquente era mero objeto de um decisionismo focado no aspecto fraternal da “cura” daqueles jovens pobres e desqualificados dos grandes centros urbanos.

2.2 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

2.2.1 Da década de 1930 até a promulgação do Código de Menores

Após a promulgação e consolidação do CMM (1927), outros diplomas legais que refletiam na categoria criança foram instituídos no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), fixou a responsabilidade penal plena a pessoa que possuísse 18 anos de idade completos, assim, os menores de 18 anos de idade continuavam sendo submetidos às regras do CMM.

O Decreto-lei n. 3.799 (BRASIL, 1941a), instituiu o Serviço de Assistência a Menores (SAM), o qual era reflexo das políticas autoritárias do então denominado Estado Novo Brasileiro.

Liberati indicou as atribuições do SAM da seguinte maneira:

> tinha como missão amparar socialmente os menores carentes, abandonados e infratores, centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial, em todo território nacional. Na verdade, o SAM foi criado para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz, tornando-se mais uma administradora de instituições que, de fato, uma política de atendimento ao infrator (2012, p. 75-76).

O SAM era vinculado ao Ministério da Justiça e se assemelhava ao sistema penitenciário, todavia, seu destinava aos menores que tivessem violado a lei penal da época (COSTA, 2005). Importante destacar que alguns serviços praticados pelos magistrados dos juizados de menores foram encampados pelo SAM, situação essa que acabou por “minimizar” o poder dos magistrados em relação a execução das penalidades aplicadas aos menores (RIZZINI, 2009).

Mesmo após a implementação do SAM em todo território nacional (Decreto-lei n. 6.865/44) os resultados esperados não lograram êxito, muito pelo contrário, as

unidades do SAM passaram a ser conhecidas como “sucursais do inferno” ou “fábrica de criminosos”, haja vista, seu caráter repressivo e desumanizador que tratava os jovens (COSTA, 2005). Oportuna é a conclusão apresentada por Amin acerca do tratamento despendido a infância nesse período:

> a tutela da infância, nesse dado momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com quebra de vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correcional e não afetiva (2015, p. 47-48).

O quadro de horror instituído pelo SAM, perdurou até o ano de 1964, quando então a Lei n. 4.513/64 (BRASIL, 1964), instituiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). A FUNABEM pretendia ser o oposto de que seu antecessor (SAM), pois aquele era o reflexo das violações de direitos humanos em face aos jovens brasileiros (VOGEL, 2009). Essa concepção pode ser vista no discurso proferido pelo então presidente General Médici:

> nesta manhã, vejo todo um milagre. Vejo o milagre da transmutação da ‘sucursal do inferno’, da ‘escola do crime’ e da ‘fábrica de monstros morais’, em um centro educacional voltado para o desenvolvimento integral do menor [...]. No lugar do SAM, a Fundação; o amor ao invés do crime. Esse milagre que, hoje e aqui, proclamamos a toda a nação brasileira, nós o devemos por inteiro à Revolução de março. E não tenho dúvidas em afirmar que a contestação mais cega e mais surda, que tudo negasse à obra revolucionária, haveria, pelo menos, de bendizê-la por apagar o sangue, a corrupção e a vergonha do malsinado SAM, para, neste mesmo lugar, erguer a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor [...]. Forçoso é dizer, no entanto, que o grande serviço prestado ao país com a eliminação da mentalidade presidiária do SAM e conseqüente adoção da filosofia educacional desta Fundação ainda é pouco, muito pouco, para o Brasil, consideradas a nossa geografia humana das faixas etárias mais baixas, nossas carências de toda ordem e a criminosa dimensão do tempo perdido. Cumpre-nos, a todos, reaver esse tempo, pois é preciso entender que o grau de desenvolvimento econômico de justiça social e de segurança pode ser medido pela proteção e pelo respeito que as crianças merecem em seu país [...]. Penso nas crianças de tudo precisadas; penso nos menores que, lá fora, sofrem, dos maiores, a crueldade, a exploração e a corrupção, e me revolto ante as imagens da criança, mendiga, da inocência feita cúmplice e da pureza manchada no vício. E a saga de minha terra me vem como símbolo mesmo de todos os menores desamparados que em cada qual vejo um Negrinho do Pastoreio. Quisera vê-los, a todos, esses desamparados, não somente como aquele atirado, sangrando, num formigueiro, afilhado de Nossa Senhora, e que, aparecerem as coisas perdidas, surgindo à frente de fantasmática tropilha, diz-se fazer o milagre de aparecerem as coisas perdidas. Antes, quisera vê-los, como os filhos da afeição de todos nós, de braços dados os companheiros felizes de sua geração, e fazendo o milagre de aparecerem, afinal, os valores, ainda não de todo encontrados, de amor e compreensão pela criança (Discurso proferido na FUNABEM por ocasião

> da Semana da Criança, em 05 de outubro de 1970. Cf. FUNABEM, 1973: xxv - xxix) (apud BECHER, 2011, p. 12).

A realidade política vivenciada pelo Brasil na ocasião da promulgação da Lei que instituiu a FUNABEM, era a da construção de uma pátria lastreada no *slogan* “ordem e progresso”, sendo que os jovens submetidos à FUNABEM deveriam ser doutrinados e adestrados para voltar ao mercado de trabalhar e consequentemente alavancar o Brasil a status de primeiro mundo. Percebe-se, que os ideais almejados pela FUNABEM, estavam totalmente atrelados aos instrumentos de controle do modelo político autoritário regido pelos militares daquela época (AMIN, 2015).

Porém, o discurso da FUNABEM era totalmente o oposto que ocorria no interior das células estaduais da instituição - Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) - visto que nesses locais ocorreram muitas atrocidades e desrespeitos aos direitos e garantias básicas dos indivíduos em desenvolvimento. A ideologia militar aplicada em cada um a das unidades da FEBEM rendeu aos jovens internados apenas o sentimento de revolta e ódio, tendo em vista que tais instituições totais de poder eram meros depósitos de jovens invisíveis aos olhos da sociedade.

Diante do caos instaurado em desfavor dos jovens brasileiro no final dos anos de 1960 e início dos anos de 1970, iniciam-se debates para uma possível reforma ou novo ordenamento jurídico em face dos menores (AMIN, 2015). Nessa toada de reforma, o Congresso Nacional instaurou no ano de 1975 a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do menor (BOEIRA, 2014), a qual recomendou a necessidade da criação de Ministério Extraordinário para gerenciar a situação da categoria menor, todavia, tal indicação não veio a se concretizar. Porém, a CPI de 1975, fora um importante passo a elaboração do Código de Menores de 1979 (BRASIL, 1979).

2.2.2 O Código de Menores de 1979 e a consolidação da doutrina situação irregular

Sob a égide da ditadura militar brasileira, foi promulgada em 10 de outubro de 1979, a Lei n. 6.697 (BRASIL, 1979), a qual instituiu o Código de Menores (CM).

O referido CM implementou em definitivo a doutrina da situação irregular[18], a qual preconizava o caráter tutelar da legislação, bem como a ideia de criminalização da criança (menor) pobre (SPOSATO, 2011). Méndez, aponta algumas características comuns das legislações que implementaram a doutrina da situação irregular:

> a) Essas leis pressupõem a existência de profunda divisão no interior da categoria infância: crianças-adolescentes e menores (entendendo-se pelos últimos o universo dos excluídos da escola, da família, da saúde etc.). Como consequência, essas leis, que são exclusivamente para menores, tendem objetivamente a consolidar as divisões aludidas dentro do universo da infância;
> b) Centralização do poder de decisão na figura do juiz de menores como competência onímoda e discricional;
> c) Judicialização dos problemas vinculados à infância em situação de risco, com clara tendência de patologizar situações de origem estrutural;
> d) Impunidade (com base na arbitrariedade normativamente reconhecida) para tratamento dos conflitos de natureza penal. Essa imputabilidade se traduz na possibilidade de se declarar juridicamente irrelevante os delitos graves cometidos por adolescentes pertencentes às classes sociais média e alta;
> e) Criminalização da pobreza, dispondo de internações que constituem verdadeiras privações de liberdade, por motivos vinculados à mera falta ou carência de recursos materiais;
> f) Consideração da infância, na melhor das hipóteses, como objeto de proteção;
> g) Negação explícita e sistemática dos princípios básicos e elementares do direito até mesmo dos contemplados na própria Constituição Nacional como direito de todos os habitantes; e
> h) Construção sistemática da semântica eufemística que condiciona o funcionamento do sistema à não-verificação empírica de suas consequências reais (1998, p. 26).

O CM apresentava exatamente as características apontadas por Méndez, sendo que em seu art. 1, aclamava:

> Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:
> I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
> II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei (BRASIL, 1979).

Já o art. 2 do CM[19], apontava as hipóteses que caracterizaram a situação

---

[18]O termo “situação irregular”, veio à tona no IX Congresso do Instituto Interamericano da Criança, realizado na Venezuela no ano de 1948. No Brasil, tal termo foi expressamente adotado no Código de Menores de 1976 (apud SAUT, 2007, p. 47).

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

irregular do menor. A respeito do aludido dispositivo legal Veronese, sentenciou: “analisando sociologicamente este art. 2 somos forçados a concluir que o sistema jurídico que se intitulava tutelador, na realidade inferiorizava, diminuía e, mais, culpabilizava os excluídos” (2005, p. 114).

Deste modo, as expressões pejorativas como menor-abandonado e menor delinquente, foram introduzidas e replicadas ao senso-comum para qualificar a criança/adolescente que fosse alvo do controle formal do Estado, bastando que aquelas estivessem com vestimentas pauperizadas, para que fossem rotuladas em uma das categorias de situações irregular indicadas no CM (SHECAIRA, 2014). Para Lima:

> nesse período, os adolescentes transformaram-se em questão de segurança nacional e reforçou a ideia de que ‘o lugar de [menino] pobre é no internato’. O complexo tutelar com sua rede de proteção juvenil e seu ‘aparato técnico-jurídico-policial’ atingiu seu ponto máximo de expansão (2009, p. 92).

Em que pese às críticas da doutrina da situação irregular, alguns juristas sustentam que houve um considerado avanço com a execução da referida doutrina:

> a doutrina da Situação Irregular constituiu um avanço em relação ao pensamento anterior, na medida em que fez do menor o interesse da norma não apenas pela questão penal – que se pressuponha uma situação regular -, mas pelo interesse do direito especial, quando apresentasse uma ‘patologia sócia’, conhecida por ‘situação irregular’ (LIBERATI, 2012, p. 93).

O fato é que a doutrina da situação irregular atende principalmente o interesse tutelar da criança/adolescente, pouco importando os meios para que esse assistencialismo e proteção. Nesse contexto o CM (BRASIL, 1979), atribuiu amplos poderes aos juízes de menores, os quais poderiam arbitrariamente editar portarias

---

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III - em perigo moral, devido a:
a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI - autor de infração penal.
Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial (BRASIL, 1979).

ou outras ordens gerais, para proteção, assistência e vigilância do menor, conforme previa o art. 8[20].

O poder inquisitivo concedido ao magistrado pelo CM (BRASIL, 1979), permitia que o processo transcorresse sem qualquer formalidade legal. De modo que, o menor poderia ser cerceado de sua liberdade sem qualquer ordem judicial por escrita[21], estando ou não em situação flagrancial e a assistência técnica por advogado era praticamente inexistente (SHECAIRA, 2014).

As medidas a serem aplicadas aos menores em situação irregular estavam previstas no art. 14[22] do CM (BRASIL, 1979), as quais estavam alicerçadas no assistencialismo e na repressão.

Em relação às medidas de cerceamento da liberdade (internação e semiliberdade), essas não poderiam ser compreendidas como medidas assistenciais ou de proteção, visto que tais medidas possuíam o caráter punitivo, muito se assemelhando a reprimenda penal (LIBERATI, 2012). Vale destacar que o próprio CM, permitia a inserção do menor infrator no estabelecimento prisional destinado para adultos (BRASIL, 1979, art. 41, §2°)[23]. Não a toda, que durante esse período se consagrou a cultura da segregação da liberdade de crianças e adolescentes, visto que essa era considerada na grande maioria dos casos como a única e viável solução para o "problema" do menor (AMIN, 2015).

Contudo, o CM (BRASIL,1979), não logrou êxito no seu objetivo de tutelar e proteger socialmente a infância e juventude brasileira, pois seu surgimento coincidiu

---

[20]"Art. 8 A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder "(BRASIL, 1979).

[21]"Art. 99. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária" (BRASIL, 1979).

[22]"Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:
I - advertência;
II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;
III - colocação em lar substituto;
IV - imposição do regime de liberdade assistida;
V - colocação em casa de semiliberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado" (BRASIL, 1979).

[23]"Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público. [...]
§ 2. Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade" (BRASIL, 1979).

justamente com os últimos anos do regime militar no país, sendo que seus critérios imprecisos corroboraram para sua pouca efetividade (JESUS, 2006).

2.2.2.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas e o reconhecimento da doutrina da Proteção Integral

O movimento internacional em defesa da criança tem como seu primeiro instrumento a “Declaração de Genebra dos Direitos da Criança”, a qual foi aprovada no ano de 1924, pela Assembleia da Sociedade das Nações/Liga das Nações[24], sendo que o referido instrumento internacional foi também conhecido como Declaração de Genebra (LIGA DAS NAÇÕES, 1924). Nas palavras de Shecaira, “o texto preconizava a ideia de que a responsabilidade pelo cuidado da criança é coletiva e internacional” (p. 51, 2014).

No entanto, a história mais efetiva da tutela pela criança no cenário internacional ocorre após a II Grande Guerra Mundial, isso porque, diante as atrocidades cometidas naquele período a comunidade internacional passou a adotar um discurso mais humanista em seus documentos, principalmente aqueles vinculados a Organização das Nações Unidas (ONU)[25].

O primeiro indício da preocupação da ONU em face da criança se constata por intermédio do preâmbulo da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (1948), a qual reconhecia à dignidade de todos os membros da família (COSTA, 2005). Porém, é nos art. XVI[26] e XXV[27] da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que a criança tem reconhecido direitos a cuidados e

---

[24]“A Sociedade das Nações (SDN), também conhecida como Liga das Nações, foi estruturada e instituída pelas nações vencedoras da primeira guerra mundial, tendo como grande objetivo um acordo de paz de amplitude mundial. Para estabelecer à paz e a segurança mundial as nações da SDN, firmaram o Tratado de Versailles (1919), o qual buscava justamente uma série de ajuste e obrigações das nações para evitar uma nova guerra de cunho mundial, todavia, SDN se mostrou ineficiente em seu objetivo, visto que não conseguiu evitar a II grande guerra mundial, sendo que foi dissolvida na 21° Sessão, realizada em Genebra em meados de abril de 1946. Em que pese, seu fracasso no objetivo principal de evitar uma nova guerra, a SDN foi a célula embrionária da ONU” (ESTEVES, 2015).

[25] “A história da organização está intimamente atrelada a segunda grande guerra mundial, visto que após o desfecho daquela, a comunidade internacional entendeu a necessidade de reunir esforços para manter a paz entre os países. O principal objetivo da ONU é o trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial” (ONU, 2018).

[26]“Art. XVI [...] 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (ONU, 1948).

[27]“Art. XXV [...] 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social” (ONU, 1948).

assistências especiais, demonstrando uma nova perspectiva em relação ao seu lugar no mundo, circunstância essa que permitiu espaço para instrumentos posteriores que tratariam mais especificadamente em relação à categoria infância (SHECAIRA, 2014).

No ano de 1959, mais precisamente no dia 24 de novembro, a Assembleia das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, a qual apontou para comunidade internacional acerca da necessidade da proteção especial as crianças, visto as suas vulnerabilidades (SHECAIRA, 2014). Vale destacar que setenta e oito países são signatários da referida Declaração, entre os quais o Brasil (FERRANDIN, 2009), contudo, mesmo sendo aceita pelas Nações, ela possui apenas o caráter de Declaração[28], tão logo, não possui força vinculante em relação aos Estados signatário (BARATTA, 2013).

A Declaração dos Direitos da Criança está formatada em 10 Princípios, os quais abordam basicamente o reconhecimento da proteção especial à criança, bem como, seja propiciado a essa categoria oportunidades e facilidades para o desenvolvimento pleno, sadio em condições de dignidade e liberdade (LIBERATI, 2012). Porém o maior marco internacional em relação à tutela da criança foi a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU (CIDC), a qual teve seu projeto inicial apresentado formalmente no ano de 1978, à Comissão de Direitos Humanos da ONU, pelo governo polonês.

Os idealizadores do projeto previam que ao final do ano de 1979, o referido projeto fosse aprovado, haja vista, que naquele ano a comunidade internacional comemorava o Ano Internacional da Criança (MARIANO; ROSEMBERG, 2010). Porém, muita discussão houve em torno do projeto inicial, sendo certo que inúmeras reuniões e encontros foram estabelecidos entre os anos de 1980 até 1989, para que assim chegassem a um consenso em relação ao teor do texto a ser apresentado na CIDC.

Acerca dos embates estabelecidos para chegar-se ao texto da CIDC, Mariano e Rosemberg destacam:

> em se tratando da elaboração de um tratado de caráter mundial sobre os direitos da criança, era já esperada uma arena de negociações bastante tensa e conflituosa em decorrência dos embates políticos entre os Estados

---

[28]As declarações, via de regra, são documentos internacionais de recomendações para o âmbito interno de um país, tão logo, não possuem força de lei.

> com diferentes interesses, desigual acesso a recursos e poder e, em especial, ante a diversidade de concepções de infância e de direitos da criança. Além da multiplicidade de atores, da diversidade de suas agendas, da duração dos trabalhos, o contexto da Guerra Fria ampliou a complexidade e duração das negociações. Conforme Marília Sardenberg Zelner Gonçalves (1989), diplomata da delegação do Brasil para os Direitos Humanos que participou dos trabalhos da Convenção, tal complexidade explicaria a incorporação de dispositivos relativamente fracos, em decorrência de tentativas de conciliação de posições “quase” divergentes. O embate Leste-Oeste ultrapassaria os limites do GT relativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, pois, ao mesmo tempo, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU havia organizado outro GT, de iniciativa ocidental cujo foco era a elaboração de uma Convenção contra a tortura. [...] A arena de negociações da Convenção foi então atravessada por embates geopolíticos, nos quais a defesa da criança se tornou instrumento de disputas, principalmente no início dos trabalhos, quando os direitos humanos faziam parte da confrontação política entre os países do Leste e Oeste. [...] A tensão foi amenizada somente na segunda metade dos anos 1980, quando mudanças políticas nos países do Leste Europeu os conduziram a uma aproximação das posições ocidentais nos fóruns internacionais (2010, p. 708).

Nota-se, que a comunidade internacional não mediu esforços para buscar um texto que melhor atendesse os interesses das crianças do globo terrestre.

Convém lembrar que durante os anos em que ocorreram os intensos debates para concluir o texto definitivo da CIDC (ONU, 1990a), a comunidade internacional elaborou e discutiu novos instrumentos legais acerca da criança e do adolescente. O primeiro deles de grande importância é as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e Juventude, também conhecido como regras de Beijing (ONU, 1985).

As Regras de Beijing, foi o primeiro instrumento a tratar especificadamente em relação à Justiça da infância e do adolescente, sendo que foi apresentado pela primeira vez, no 6° Congresso das Nações Unidas em Caracas/Venezuela, no ano de 1980. Tendo o projeto sido concluído em Beijing, no ano de 1984, sua aprovação ocorreu no 7° Congresso das Nações Unidas em Milão/Itália, por intermédio da resolução 40/33, de 29.11.1985 (LIBERATI, 2012).

Conforme Shecaira, “as regras rompem com o modelo tutelar de intervenção, especialmente no que concerne à adoção do princípio da legalidade, que passa a ser aplicado e reconhecido ao direito da criança e do adolescente” (2014, p. 57).

Importante destacar que por intermédio das Regras de Beijing, inúmeras garantias processuais foram asseguras aos adolescentes em conflito com a lei (ONU, 1985). Sendo que na primeira parte do dispositivo foram assegurados o direito de permanecer calado, a presunção de inocência, o direito a presença de pais

ou responsável, o direito de ser informado das acusações, o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito à confrontação com as testemunhas e o direito a interroga-las, conforme prevê a regra 7.1 (ONU, 1985)[29].

A segunda parte das Regras de Beijing se atenta para as garantias processuais relacionadas à investigação e ao processamento do adolescente em conflito com a lei. Importante destaque se faz a Regra 13.1[30] (ONU, 1985), a qual prevê que a prisão preventiva do adolescente deve ser invocada em último caso e, quando efetivada, será pelo menor prazo possível.

Já a terceira parte das Regras de Beijing, dizem respeito aos princípios da imparcialidade, bem como, do contraditório e da ampla defesa, isso porque, a Regra 14.1[31], faz expressa menção à necessidade de um processo justo e imparcial, ao passo que a regra 15.1[32], assegura ao adolescente submetido à justiça juvenil o acompanhamento de um advogado durante todo processo (ONU, 1985). Observa-se, por intermédio das regras anteriormente citadas a quebra de paradigma em relação à doutrina da situação irregular, pois, a imparcialidade o contraditório e ampla defesa, vão à contramão do preceito inquisitorial/tutelar sustentado pela referida doutrina.

No que tange a eficácia das Regras de Beijing, os Estados signatários devem respeitá-las e integrá-las em suas legislações (LIBERATTI, 2012). No Brasil, as Regras de Beijing não possuem força normativa, todavia, teve grande influência em diversos dispositivos do ECA (FERRANDIN, 2009).

O segundo documento internacional de grande relevância para CIDC, foram as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, também conhecida como Diretrizes de Riad (ONU, 1990b). Os primeiros ajustes para elaboração da referida Diretriz ocorreu no 8° Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, no ano de 1985, o qual somente

---

[29]7.1. As garantias fundamentais do processo, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutor, o direito de interrogar e confrontar as testemunhas e o direito ao recurso serão asseguradas em todas as fases do processo (ONU, 1985).

[30]13.1. A prisão preventiva constitui uma medida de último recurso e a sua duração deve ser o mais curta possível (ONU, 1985).

[31]14.1. Se o caso de um jovem Delinquente não foi objeto de um processo extrajudicial (previsto na regra 11), é examinado pela autoridade competente (tribunal, comissão, conselho, etc.) de acordo com os princípios de um processo justo e equitativo.

[32]15.1. Ao longo de todo o processo, o menor tem o direito de ser representado pelo seu advogado ou pedir a designação de um advogado oficioso, quando existam no país disposições legais que prevejam essa assistência (ONU, 1985).

veio a ser aprovado por meio da Resolução 45/112, de 14.12.1990 (SHECARIA, 2015).

As Diretrizes de Riad, apresentaram importantes princípios[33] em relação à tutela da criança, sendo certo ainda que reconheceu que toda criança goza de direitos humanos fundamentais (LIBERATTI, 2012). Assim como as Regras Mínimas de Beijing, as Diretrizes de Riad, não dispõem de força normativa no texto legal brasileiro, contudo, tiveram influência na elaboração do ECA (BRASIL, 1990a), principalmente na seara da educação, proteção aos meios de comunicação, bem como, na formação psíquica da criança (FERRANDIN, 2009).

E por fim, temos às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens em Liberdade, também conhecida como Regras de Tóquio (ONU, 1990c), a

---

[33] PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:
1 - A prevenção da delinqüência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e 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 delinqüência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância.
3. Na aplicação das presentes Diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados 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 políticas e medidas progressistas de prevenção da delinqüência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte:
a) criação de meios que permitam satisfazer às diversas necessidades dos jovens e que sirvam de marco de apoio para velar pelo desenvolvimento pessoal de todos os jovens, particularmente daqueles que estejam patentemente em perigo ou em situação de insegurança social e que necessitem um cuidado e uma proteção especiais.
b) critérios e métodos especializadas para a prevenção da delinqüência, baseados nas leis, nos processos, nas instituições, nas instalações e uma rede de prestação de serviços, cuja finalidade seja a de reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem.
c) uma intervenção oficial cuja principal finalidade seja a de velar pelo interesse geral do jovem e que se inspire na justiça e na eqüidade.
d) proteção do bem-estar, do desenvolvimento, dos direitos e dos interesses dos jovens.
e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com freqüência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade, e
f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinqüente" ou "pré-delinqüente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado.
5. Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinqüência juvenil. Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social (ONU, 1990c).

qual tem o principal objetivo à proteção de jovens privados de liberdade[34]. As Regras de Tóquio estão dispostas em 87 mandamentos, os quais tratam dos mais diversos temas, tais como, conceito de menor[35]; estabelecimentos institucionais[36], educação[37], lazer[38], garantias processuais[39] entre outros temas de relevância em relação à tutela e garantia dos adolescentes segregados de liberdade (ONU 1990c). Conforme assevera Shecaria, "a ideia central dessas Regras é que só se poderá privar o jovem de liberdade como último recurso e por um mínimo período, medida essa que deve ser limitada a casos excepcionais" (2015, p. 61).

Os instrumentos jurídicos internacionais apresentados suscintamente nos parágrafos anteriores foram de fundamental importância para consolidar a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, a qual foi aprovada na Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, na cidade de Nova York, por intermédio da Resolução 44/25 (XLIV) e ratificada em 1990 em Portugal (ONU, 1990b). Vale destacar que a CIDC é o instrumento internacional que consta com o maior número de ratificações, atualmente 195 países ratificaram, sendo que somente os Estados Unidos da América[40] não a ratificou (ONUBR, 2015).

A CIDC (ONU, 1989), além de reiterar os principais preceitos dos regramentos internacionais anteriores, acabou por inovar inserindo novos elementos

---

[34]Regra 1. A Justiça da Criança e do Adolescente deve garantir os direitos e a segurança e promover o bem-estar físico e mental dos jovens. O encarceramento deve ser utilizado como último recurso (ONU, 1990c).

[35]Regra 11. Para efeitos das Regras, devem-se aplicar as seguintes definições: (a) Menor é qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos. O limite de idade abaixo do qual não se deve permitir que se prive um menor de sua liberdade deve ser fixado por lei (ONU, 1990c).

[36]Regra 30. Devem-se criar locais de detenção abertos para os menores. As instalações abertas são aquelas em que as medidas de segurança inexistem ou são mínimas. A população de tais instalações de detenção deve ser a menor possível. O número de menores detidos em instalações fechadas deve ser suficientemente pequeno para permitir o tratamento individualizado. Os estabelecimentos de detenção para menores devem ser descentralizados e de tamanho que facilite o acesso e o contato entre os menores e suas famílias. Devem ser criados estabelecimentos de detenção de pequena escala e integrados no ambiente social, econômico e cultural da comunidade (ONU, 1990b).

[37]Regra 18 [...] (b) Menores devem ter direito, quando possível, a oportunidades de trabalho remunerado e de continuar a educação ou treinamento, mas não se deve exigir que o façam. Trabalho, educação ou treinamento não devem ser motivo de continuação da detenção (ONU, 1990b).

[38]Regra 18 [...]. (c) Os menores devem receber e manter materiais para seu lazer e recreação que sejam compatíveis com os interesses da administração da justiça (ONU, 1990b).

[39]Regra 18 [...]. (a) Menores devem ter o direito aos serviços de um advogado e podem requerer auxílio jurídico gratuito quando disponível e a se comunicarem regularmente com seus conselheiros legais. Deve-se assegurar privacidade e sigilo nestas comunicações (ONU, 1990b).

[40] A justificativa para os americanos não assinarem tratados que versem sobre direitos humanos, está atrelada ao primado em sua Constituição, que reconhece a separação de poderes entre os três ramos do governo e a divisão do poder entre o Governo Federal e os Estados, situação que poderia impor percalços a incorporação do direito internacional (MINGST; ARREGUÍN -TOFT, 2014).

em defesa efetiva da cidadania das crianças, tão logo, acabou por consolidar um apanhado de Leis Internacionais e denominado “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância” (SPOSATO, 2014).

Deste modo, a CIDC representou o reconhecimento da criança como sujeito de direito, visto que a criança passa a ser tratada a luz dos direitos humanos, e não mais, como mero objeto de proteção das legislações, tão logo, a criança passa a ser sujeito ativo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (SHECAIRA, 2015). Outro aspecto de grande relevância da CIDC, é que ela acaba por consolidar[41] o princípio do superior interesse da criança[42], visto que reconhece que a criança como ser humano em franco desenvolvimento, tão logo, busca harmonia de seus direitos com os deveres dos pais e da sociedade em relação ao seu desenvolvimento e proteção no meio social (LIBERATTI, 2012).

O caráter mandatório da CIDC, explícito em seu art. 4[43], é de fundamental

---

[41]Vale destacar que a Declaração dos Direitos das Crianças já trazia apresentava o interesse superior da criança em seu segundo princípio: “a criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, *os* melhores interesses da criança” (ONU, 1959, grifo nosso).

[42] "Artigo 3
1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. [...].
Artigo 9
1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...].
Artigo 18
1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. [...].
Artigo 21
Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja *o* interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que: [...]" (ONU, 1959, grifo nosso).

[43] "Artigo 4
Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional" (ONU, 1990a).

importância, pois acabou por vincular as Nações que ratificaram o texto a implementar e adaptar sua positivação ao ordenamento jurídico interno (ONU, 1990b). A título de exemplo de adaptação da CIDC em relação ao ordenamento jurídico interno, temos o caso da hipótese de nem sempre ser possível separar os adolescentes dos adultos arguido por Reino Unido, Suíça, Austrália, Nova Zelândia, Islândia e Canadá (SHECARIA, 2015).

No Brasil a inserção da CIDC, ocorreu por intermédio do Decreto n. 99.710/1990, o qual foi publicado em Diário Oficial no dia 21 novembro de 1990. A CIDC (ONU, 1990a), alcançou um *status* de Lei máxima em relação à tutela e direitos conferidos as crianças no plano internacional. Segundo as palavras de Emílio Gárcia Méndez, “a convenção não é apenas uma carta magna dos direitos humanos da infância-adolescência; ela também constituiu a base jurídica concreta para redefinição de um conceito de cidadania mais afinado com os tempos” (2013, p. 17). Corroborando o entendimento de Méndez, Alessandro Baratta declara que a:

> Convenção sobre os Direitos da Criança é um passo fundamental no caminho da humanidade em direção à proclamação e realização dos direitos humanos. Quando falamos sobre direitos humanos, usamos um complexo conceito composto por dois elementos: homem e direito (2013, p. 3).

Observa-se a importância da CIDC (ONU, 1990a), no âmbito internacional acerca da implementação da Doutrina da Proteção Integral em face da criança e do adolescente, a qual passa ser uma realidade em várias nações do globo terrestre na sequência, inclusive no Brasil, o qual foi o percursor da implementação da aludida doutrina por intermédio de ECA (BRASIL, 1990a).

3 O PARADIGMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL

3.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

3.1.1 O processo democrático em favor da proteção integral da criança e do adolescente

O processo de redemocratização que se instaurava na nação brasileira no início da década de 80, também teve seus reflexos nos movimentos sociais democráticos em prol de determinadas categorias. E é, nesse contexto que surge o principal movimento em prol da Criança e Adolescente que insculpiu a doutrina da proteção integral no texto Constitucional de 1988, qual seja, o Movimento Nacional de Meninas e Meninos de Rua (MNMMR) (SOUZA, 2013). Antes mesmo do advento do MNMMR a preocupação com as crianças em situação de rua ganhou visibilidade no cenário nacional e internacional, pois o número desses indivíduos em situação de vulnerabilidade somente aumentava no início da década de 80. Nesse cenário, surgem grupos de pessoas que buscam quebrar o paradigma de abordagem a esses jovens em situação de rua, visto que os métodos até então utilizados estavam atrelados às técnicas da FEBEM/FUNABEM e as formas tradicionais de educação utilizadas na Escola, sendo que aqueles grupos indicavam a necessidade de trabalhar com criança no contexto que ela estava inserida, bem como, ela deveria ser compreendida como sujeito de sua história e de sua própria pedagogia (SOUZA, 2013).

Sob esse novo olhar para criança em situação de rua o MNMMR teve sua concepção embrionária após o I Seminário Latino Americano de Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua, realizado no ano de 1984 em Brasília/DF, todavia, sua instituição oficial somente ocorreu no ano de 1985, assim consolidando o protagonismo infanto-juvenil.

No ano de 1986, no I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Ruas, essa categoria se fez presente e pela primeira vez entoou sua voz às autoridades brasileiras e a imprensa declarando “nós somos violentados, nós queremos ser ouvidos” (SOUZA, 2013). De modo que denunciaram as constantes violações de

direitos que sofriam, assim como, clamavam por representatividade no cenário constituinte da época.

A luta pela infância e adolescência abandonada e marginalizada no Brasil era inicialmente o principal foco do MNMMR, visto que eram fruto de um sistema excludente imposto às classes menos privilegiadas, tão logo, impondo-as em um estado permanente de exclusão e risco psicossocial (PEREIRA, 2011). O MNMMR manifestava sua ferrenha oposição à doutrina da situação irregular constituída por intermédio do CM de 1979 (VOGEL, 2009). Portanto, as crianças e adolescentes envolvidas no movimento buscavam o reconhecimento de sujeitos de direitos, visto que manutenção da teoria da doutrina da situação irregular era insuficiente para importância e protagonismo daqueles.

Assim o MNMMR surge com um típico movimento social[44], que possuía um público alvo muito bem definido, qual seja, crianças e adolescentes em situação de rua e em condições de vulnerabilidade social, tendo como objetivo orientar e transformar esses indivíduos em desenvolvimento, em sujeitos políticos e agentes da defesa de seus próprios direitos perante a sociedade (MACEDO; BRITO, 1998).

A importância da MNMMR e de outros movimentos sociais que contribuíram de forma ativa para o fortalecimento da causa infantil tanto no texto constitucional de 1988, como no cenário internacional é destacado por Santana (2018, p. 42):

> a esses movimentos sociais, constituídos ao tempo do processo de transição negociada, da ditadura para as possibilidades democráticas – abertura que não se deu sem deixar restos ditatoriais nas instituições, nos discursos e nas práticas sociais e estatais em todos os níveis e setores -, somam-se os movimentos internacionais de declarações de direitos humanos das crianças e adolescentes. É possível dizer que os movimentos sociais no Brasil, na década de 1980, foram também caixas de ressonância dessas alterações normativas no plano internacional.

A atuação do MNMMR conjuntamente com outras organizações da sociedade civil foi de fundamental importância para construção do Capítulo VI, do Título VIII, da

---

[44] “Movimentos sociais são ações coletivas de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo” (GOHN, 2000, p. 13).

CF de 1988, visto que o MNMMR militou em prol da campanha "Criança Prioridade Nacional" e "Criança Constituinte" (LEMOS, 2008). Após intensos debates em todo território nacional, as campanhas lograram êxito em obter mais de 200 mil assinaturas de eleitores, bem como, mais de 1,4 milhões assinaturas das próprias crianças e adolescentes, que visava o reconhecimento expresso no texto constitucional acerca de seus direitos (LEMOS, 2008).

Da fusão dos referidos projetos, resultou uma emenda constitucional que foi patrocinada pela frente parlamentar pelos direitos das crianças, que posteriormente veio ter amplo apoio do plenário da Assembleia Nacional Constituinte[45], consolidando assim os art. 227 e 228 da CF:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988).

Nesse contexto o MNMMR, exerceu um protagonismo na mobilização e consolidação dos direitos das crianças e dos adolescentes no texto constitucional de 1988, visto que de forma democrática o movimento obteve sucesso no seu intento, visto que as crianças foram reconhecidas como sujeitos de direito na nova ordem constitucional nacional.

3.1.2 A doutrina da proteção integral no texto constitucional brasileiro

A CF, com seu viés democrático e social, propiciou uma nova perspectiva no cenário jurídico nacional, de tal forma introduzindo novos paradigmas, inclusive na seara da tutela da criança e do adolescente, conforme dito alhures (BRASIL, 1988).

O fato é, que o texto constitucional de 1988, conforme dito por Amin (2015, p. 49), passou de um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo, para um novo modelo que prima pela dignidade da pessoa humana, tão logo, o binômio individual-patrimonial foi substituído pelo coletivo-social.

---

[45] Aprovação por 435 votos favoráveis e 08 contrários (LEMOS, 2008).

Nesse contexto, o Título VIII, da Ordem Social, em seu Capítulo VII, o constituinte dedicou dois artigos especificadamente para tratar acerca dos direitos e garantias das crianças e adolescentes brasileiras, algo inédito até então na história das Constituições Brasileiras, visto que o tema criança jamais havia sido tratado de forma tão aprofundada anteriormente (LIBERATI, 2006a).

Deste modo, o art. 227 da CF (BRASIL, 1988), institui no ordenamento jurídico pátrio a doutrina da proteção em integral, rompendo em definitivo com a doutrina da situação irregular até então prevista no CM de 1979, mas já admitida implicitamente no CMM. Nas palavras de Sposato (2014, p. 50):

> de acordo com a sistemática anterior, o menor de idade abandonado, ou vítima de maus-tratos familiar, ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular. Com a regra da prioridade absoluta, estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado que não oferece as políticas sociais básicas, ou ainda as prestações positivas que a Constituição lhe incumbe.

A aludida doutrina, conforme dito anteriormente, foi materializada no texto constitucional no art. 227 da CF (BRASIL, 1988), a qual foi fruto do entendimento internacional acerca da necessidade da proteção e da validação dos direitos e garantias das crianças, que somente viria a ser reconhecida internacionalmente com o advento da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças (1989).

Nas palavras de Veronese, a doutrina da proteção integral reconhece que “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (2013. p. 49). Porém, conforme bem sustenta Sposato, a proteção integral, “deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade” (2014, p. 52).

Inegável é protagonismo da CF (BRASIL, 1988), em relação ao reconhecimento da doutrina da proteção integral, a qual reconhece pela primeira vez que crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais, como qualquer outro ser humano (AMIN, 2015). Esse reconhecimento explícito das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, implica na própria concepção de direitos humanos, visto que tal categoria passa ter direito a ter direitos (VERONESE, 2013). Segundo Bobbio,

> [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de vez por todas (2004, p. 5).

No caso brasileiro, as crianças e adolescentes clamaram pelo reconhecimento de seus direitos, vide o exemplo do MNMMR, um movimento social protagonizado pelas próprias crianças em situação de vulnerabilidade, que buscou e obteve o reconhecimento do constituinte de seu direito humano fundamental de proteção integral no texto constitucional de 1988.

A CF (BRASIL, 1988) foi cristalina ao assegurar com absoluta prioridade as crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, lazer, à alimentação, à liberdade, à cultura, à educação, ao respeito, à profissionalização e a convivência familiar e comunitária[46].

Desta forma, a constitucionalização do direito da criança e do adolescente por intermédio do Título VIII, da Ordem Social, Capítulo VII, da CF, criou um novo direito da criança e do adolescente, o qual reconhece a igualdade entre criança e adolescente com os demais indivíduos, tão logo, proporcionando a esses a mesma gama de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, independentemente de seu *status* social (MACHADO, 2003). Nesse processo de constitucionalização do direito da criança e do adolescente Machado (2003, p. 411), ainda afirma existirem 05 (cinco) princípios gerais, referente ao tema, quais sejam: a) princípio da proteção integral; b) princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; c) princípio da igualdade de crianças e adolescentes; d) princípio da prioridade absoluta; e) princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

Deste modo, com a promulgação da CF (BRASIL,1988), crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos. E, deixaram de ser objeto de medidas judiciais e policiais, quando da ineficácia de políticas públicas estatais que culminavam a marginalização dessa categoria (LIBERATI, 2006).

No campo da tutela infracional Sposato (2014), afirma que com o advento da CF de 1988, é introduzida no ordenamento jurídico pátrio a etapa garantista do direito penal dos adolescentes, tendo em linha de conta a real e efetiva garantias

---

[46] Art. 227, *caput*, da CF.

atribuídas aos adolescentes no procedimento de apuração de responsabilidade, assim como nos procedimentos de execução de eventuais medidas judicias aplicadas.

Os incisos IV, V e VII do § 3 do art. 227 da CF (BRASIL, 1988), dispõe de forma clara as garantias ao adolescente violador da norma penal:

> §3. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
> [...]
> IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
> V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
> [...]
> VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Por sua vez o art. 228 da CF, apenas corrobora o disposto no art. 27 do Código Penal Brasileiro[47] (BRASIL, 1940), no sentido da inimputabilidade dos menores de 18 anos, de tal forma reconhecendo a responsabilidade penal diferenciada aos adolescentes.

No processo de constitucionalização do novo direito da criança e adolescente, restou superada a arcaica doutrina da situação irregular, visto que aquela categoria alcançou o *status* de sujeitos de direitos, tão logo garantindo os direitos humanos fundamentais como o devido processo legal, bem como, princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado em face ao adolescente autor de um ilícito penal. Outrossim, conforme sustentam Lima e Veronese (2012), com o reconhecimento dos direitos à infância e ao adolescente, possibilitou a essa categoria a desjuridiscionalização de alguns assuntos, visto que esses passaram a ser resolvidos em conjunto com o Estado, família e a sociedade, tão logo, a intervenção judicial somente passa ser necessária para efetivação ou ameaça dos direitos a eles pertencentes.

Martha Toledo Machado, destaca acerca da efetiva construção de uma sistema de proteção especial em face a criança e ao adolescente na Magna Carta (BRASIL, 1988), destacando sinteticamente os seguintes pontos:

---

[47] Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (BRASIL, 1940).

> a) reconhecer (positivar no ordenamento jurídico) *direitos fundamentais exclusivos* para crianças e adolescentes, entre eles, o direito de *alimentação*, de *convivência familiar*, de *não-trabalho* e de t*rabalho protegido,* de *inimputabilidade* penal, *de excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade*, aos quais se somam todos os direitos fundamentais reconhecidos para os adultos;
> b) dar uma conformação jurídico-estrutural especial a esses direitos, criando um *dever de asseguramento prioritário* dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, imposto ao mundo adulto (Estado, família e sociedade, no dizer do artigo 227);
> c) reconhecer *igualdade entre as crianças e adolescentes* – todos têm os mesmos direitos e deveres, ou seja, um único *status jurídico* –, pondo fim à odiosa separação entre duas classes de pessoas crianças/adolescentes, que marcava o paradigma anterior (2006, p. 100).

Portanto, a CF (BRASIL, 1988), ao reconhecer a doutrina da proteção integral em face das crianças e adolescentes, acabou por evidenciar a necessidade de uma ampla e necessária restruturação no sistema infraconstitucional brasileiro em favor das crianças e adolescentes. Isso porque, a nova ordem constitucional era incompatível com a doutrina da situação irregular ainda prevista nos regramentos infraconstitucionais. Desta maneira, surge a movimentação democrática para uma nova regulamentação em face da Criança e do Adolescente no Brasil.

3.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

3.2.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a consolidação da doutrina da proteção integral

A doutrina da proteção integral exteriorizada no art. 227 da CF possibilitou o debate para instituição das diretrizes apontadas no referido dispositivo constitucional, sendo que em 30 de junho de 1989, o Senador do Estado de Minas Gerais o Sr. Ronan Tito, apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 193/89, que tratava acerca do ECA.

O teor da justificativa[48] do PLS n. 193/89 (BRASIL, 1989a), apresenta um conteúdo amplo e adequado à doutrina da proteção integral, ressaltando a

---

[48] ANEXO A.

necessidade do rompimento com a doutrina da situação irregular e o reconhecimento da condição de sujeito de direito das crianças e dos adolescentes:

> [...] Sem negar a generosidade e a vontade de acertar de todos os esforços que redundaram no arcabouço legal pré-Constituição de 1938 o antigo Código Melo Matos, outras leis e decretos-leis, o atual Código de Menores, Lei 6,697/79, e a Lei 4.513 /64, que definiu a "política nacional de bem-estar do menor" -- é forçoso reconhecer que sua conjunção, condicionada pelo contexto político-institucional do último quarto de século, redundou no agravamento e na generalização da degradação pessoal e social de milhões de crianças e jovens brasileiros. Isso se deveu a uma legislação e uma política cuja essência revelou ser o controle social e a criminalização da pobreza, materializados no "círculo perverso" da institucionalização compulsória: apreensão ou abandono-triagem-rotulação-deportação-confinamento em instituições totais despersonalizadoras e embrutecedoras.
> É triste admitir ter sido esse indesejado resultado a negação completa dos elevados ideais humanistas de brasileiros do porte de Milton Campos, Prado Kelly, Maria Celeste Flores da Cunha, Odilo Costa Filho, Eduardo Bartlett James e tantos outros, e de juristas da estatura do pioneiro Melo Matos e daqueles que renovaram a legislação em 1979 (alterando aliás projeto original do preclaro Senador Nelson Carneiro, hoje Presidente desta Casa, o qual foi mutilado em sua característica essencial que era, desde o primeiro artigo, tornar a criança e o adolescente sujeitos de direitos), entre os quais cumpre destacar as figuras de Cavalcanti de Gusmão, Alyrio Cavalieri e outros da mesma envergadura no campo da ciência jurídica.
> O novo paradigma jurídico e de atendimento de direitos representado pelo presente projeto de Estatuto não nasceu exclusivamente da vontade e da competência, ainda que bem intencionada, de um seleto grupo de menoristas, Ao contrário, ele tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudanças em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas judiciais -- e não em sujeitos de direitos -- rotulando-os por uma conitualização estigmatizante que em lugar de propiciar o ‘bem-estar’ dos marginalizados perseguia de fato, e sistematicamente, ‘a segurança e o desenvolvimento’ das estruturas marginalizadoras.
> Este Projeto de ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, que regulamenta o novo direito constitucional de mais da metade da população brasileira, significa uma verdadeira ‘revolução copernicana: ao contrário da legislação ainda vigente, porém já inconstitucional, ele se sustenta sobre dois pilares básicos a concepção da criança e do adolescente como SUJEITOS DE DIREITOS e a afirmação de sua CONDIÇAO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO.
> Ficarão portanto revogados os conceitos ideológicos e anticientíficos de ‘situação irregular’ e o termo estigmatizador de ‘menor’ como condição substantiva caracterizadora da maior parte da ‘nossa mais rica matéria prima’. Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos: o nascituro, a primeira e a segunda infâncias, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se portanto as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana.
> Assim, ao contrário do quadro legal anterior, a normativa proposta se dirige ao conjunto da população infantil e juvenil, e não apenas para aqueles hoje condenados à sub-cidadania. De fato, as crianças e jovens das famílias de baixa renda nas periferias urbanas e nas áreas rurais pauperizadas são verdadeiras ‘ilhas cercadas de omissão por todos os lados’. Sua condição de sub-cidadãos se espelha no sub-salário, no desemprego ou no sub-

> emprego, na sub-moradia, na sub-nutrição, configurando assim o total desatendimento dos seus direitos individuais à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como dos seus direitos coletivos -- econômicos, sociais e culturais -- cuja garantia, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, é agora, por mandato constitucional 'dever da família, da sociedade e do Estado' [...] (BRASIL, PL 5172/1990, p. 14).

Após os trâmites legais no Senado Federal o PLS n. 193/89, foi remetido no dia 25 de maio de 1990, a Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar naquela casa de lei como Projeto de Lei (PL) n. 5172/90 (BRASIL, 1990b). Convém ressaltar que na Câmara dos Deputados já tramitava o PL n. 1.506/89 (BRASIL, 1989b), o qual "institui normas gerais de proteção à Infância e à Juventude", e tinha por base alguns projetos[49] de lei relacionados à questão da infância e juventude, sendo que para o referido projeto de lei, já havia sido instituída uma Comissão Especial no Congresso Nacional, a qual tinha como Presidente a Deputada Sandra Cavalcanti, Vice-Presidente Deputado Airton Cordeiro, e como relatora a Deputada Rita Camata (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 60, 1990).

A supracitada Comissão já havia se reunido e deliberado sobre alguns pontos acerca do PL n. 1.506/89, merecendo destaque a 8ª reunião ordinária datada de 16 de maio de 1990, onde estavam presentes membros da sociedade civil como o jornalista Gilberto Dimenstein, autor do livro "A Guerra dos Meninos" e membros do Judiciário e Ministério Público Paranaense, representados pelo Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, Dr. Moacir Guimarães, pelo Juiz da Vara de Menores de Curitiba/PR, Dr. José Wanderley Rezende, bem como, pelo representante do Ministério Público do Paraná o Dr. Olympio de Sá Sotto Mayor Neto (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 60, 1990).

Na 9ª reunião ordinária da Comissão Especial destinada a apreciar o PPL n. 1.506/90, datada de 23 de maio de 1990, a Presidente Deputada Sandra Cavalcanti, apontou para importância dada pelo Constituinte em relação à matéria da Criança e do adolescente, bem como, o debate da sociedade civil em torno do tema.

---

[49] PL n. 1.765/89, da Deputada Márcia Kubitschek; PL n. 2.264/89, do Deputado Francisco Amaral; PL n. 2.742/89, do Deputado Mendes Botelho; PL n. 628/83, do Deputado Victor Faccioni; PL n. 75/87, do Deputado Setim Curiati; PL n. 1.362/88, do Deputado Francisco Dias; PL n. 1.619/89, do Deputado Vitor Faccioni; PL n. 2.734/89, do Deputado Mendes Botelho; PL n. 2.079/89, da Deputada Sandra Cavalcanti; PL n. 2.526/89, do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame; PL n. 2.584/89, do Deputado Hélio Rosas e PL n. 3.142/89, do Deputado Gandi Jamil (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 78, 1990).

> [...] Então, passou a expor o entendimento de que o Brasil, a partir da Constituinte, virou uma página importante em matéria da Criança e Adolescente, ocasião em que se promoveram inúmeros encontros e debates, resultando daí a consciência de que a Constituição precisava ter um capítulo específico sobre tal assunto. Registrou também a Senhora Presidente a iniciativa sua de, durante os trabalhos da Constituinte, promover a mudança do termo Menor para Criança, vez que, nessa matéria, o Brasil precisava acertar o passo com o resto do mundo (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 60, 1990, p. 6275).

Na ocasião da citada 9ª reunião ordinária da Comissão Especial do PL n. 1.506/89, sua relatora Deputada Rita Camata consignou a notícia de que estava sendo aprovado no Senado o PLS n. 193/89 (que tratava do ECA), e que seria na sequencia encaminhado ao Congresso Nacional (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 60, 1990).

Desse modo, com a chegada do PL de n° 193/89 do Senado, a Comissão Especial do PL n. 1.506/89, passou a apreciar PL oriundo do Senado, que tramitou no Congresso Nacional como PL n. 5.172/1990.

A relatora do agora PL n. 5.172/90, Deputada Rita Camata, bem observou em seu arrazoado acerca da nova concepção que se vislumbrava em face das crianças e adolescentes brasileiros:

> [...] I – Relatório
> Este projeto que temos a honra de relatar representa importante exemplo de legislação com prévia discussão da sociedade, apoiado por cerca de 140 entidades ligadas a criança e ao adolescente. Foi discutido em todo país, através de sucessivas versões e incorporação de contribuições, não apenas de juristas, juízes e procuradores, mas também de movimentos e entidades ligados aos direitos da criança e do adolescente, que desde a Constituinte vêm lutando por uma legislação moderna e justa. [...]
> Sensibilizados pela urgência de dar novo tratamento jurídico à grave questão social de nossas crianças e adolescentes, ambas as Casas do Congresso Nacional vêm se esforçando no sentido de oferecer à sociedade brasileira uma legislação à altura de suas aspirações, no mais breve espaço de tempo.
> Aperfeiçoado e aprovado no Senado, este Estatuto da Criança e do Adolescente, é de autoria formal do Senador Ronan Tito. Formal porque ele foi na verdade redigido a várias mãos, e sua autoria pode ser creditada também aos movimentos sociais organizados.
> Também na Câmara, a questão da criança e do adolescente provocou mobilização significativa, tanto do ponto de vista da atividade legiferante, quando da participação das inúmeras entidades e organizações, governamentais e não-governamentais, que lidam com o problema. [...]
> Desta forma, estamos diante de um encontro inédito de vontades políticas idênticas. Vejamos os principais pontos do Estatuto e as inovações que introduz em relação ao atual Código de Menores.
> A base doutrinária sobre a qual se assenta o novo Estatuto é o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesta perspectiva, propõe sua proteção integral pelo Estado, pela Sociedade, pela Família,

> sem qualquer tipo de discriminação, em consonância com os preceitos constitucionais, especialmente aqueles contidos no art. 227. Ao contrário do Código de Menores em vigência, que estabelece o direito tutelar do menor, considerado objeto de medidas judiciais apenas quando em situação irregular, a norma proposta se dirige ao conjunto da população infantil e juvenil do Brasil. Vale dizer, à quase metade da população do país. [...]
> Assim, a operacionalização das políticas sociais voltadas especificamente para infância e adolescência passa a ser compartilhada com a sociedade no seu nível mais local, instituindo-se no País uma verdadeira co-responsabilidade entre Estado e sociedade civil (BRASIL, DIÁRIO CONGRESSO NACIONAL, n. 78, 1990, p. 8195-8196).

Assim, após um intenso debate entre Poder Legislativo e outros vários segmentos da sociedade civil organizada[50], foi promulgado no dia 13 de julho do ano de 1990, o ECA (BRASIL, 1990a). O aludido diploma legal era considerado a sua à época a legislação mais avançada do mundo em relação à categoria criança/adolescente[51], pois, contemplava a proteção integral da criança e do adolescente com uma visão humanística e protetora.

Vale destacar que o ECA trouxe um caráter inovador em sua concepção, pois trata-se de uma ruptura na tradição da legislação brasileira, visto que foi debatido e contemplado com a participação de movimentos sociais vinculados à categoria de crianças e adolescentes (SANTANA, 2018).

O ECA em seu primeiro artigo[52] já consolida a doutrina da proteção integral, tão logo, não restando dúvidas acerca da consolidação da referida doutrina em face da criança e adolescente brasileira:

> a lei estabelecia, assim, a doutrina da proteção integral, a partir da qual a legislação específica não seria mais um instrumento de controle e repressão dos jovens em situação irregular, mas um conjunto de direitos a ser assegurados com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes, sem discriminações ou privilégios (JESUS, 2006, p. 65-66).

De igual importância é o teor do art. 15 do ECA (BRASIL, 1990a), que consolida a proteção integral e reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito:

---

[50] A título de exemplo pode citar o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Ruas (MNMMR); Organização Internacional do Trabalho (OIT); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

[51] A redação do art. 2 do ECA, dispõe acerca da aplicação do ECA. Art. 2. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, 1990a).

[52] Art. 1 Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. (Lei. 8.069/90).

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

Desta feita, o ECA foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro justamente para proteger e reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direito de prioridade absoluta, sendo que tal dispositivo legal está alicerçado em três princípios gerais, segundo Amin (2015) são eles: a) princípio da prioridade absoluta (art. 227 da CF e art. 3[53], 4[54] e 100, parágrafo único, II[55] do ECA); b) princípio do superior interesse (art. 227 da CF e art. 100, parágrafo único, IV[56] do ECA); c) princípio da municipalização (art. 227, §7[57] da CF e art. 88[58] e 100, parágrafo único, III[59] do

---

[53]Art. 3 A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (incluído pela Lei n.13.257, de 2016).

[54] Art. 4 É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990a).

[55]Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
[...]
II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (BRASIL, 1990a).

[56]Art. 100 [...]
Parágrafo único. [...]
IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (BRASIL, 1990a).

[57]Art. 227 [...]
§7. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204 (BRASIL, 1990a).

[58]Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:
I - municipalização do atendimento;
II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação

ECA).

Os referidos princípios alicerçam toda gama de direitos contemplados de maneira prioritária às crianças e aos adolescentes no ECA (art. 3 e 4 do referido diploma legal), sendo que tais direitos somente irão se materializar por intermédio de políticas públicas básicas[60], políticas públicas de proteção especial[61] e políticas socioeducativas[62] (SPOSATO, 2014). Além de determinar a implementação de políticas públicas, o art. 4 do ECA, também atribui a responsabilidade da família e da sociedade em geral para efetivação dos direitos prioritários das crianças e adolescentes. Dessa integração do Estado e Sociedade, constata-se que o ECA priorizou o controle social informal em face da repressão após a violação da norma, em síntese o Estatuto focou na prevenção ao invés do tratamento (JESUS, 2006).

Na seara dos atos ilícitos penais praticados por adolescentes, o ECA seguiu o mandamento constitucional previsto no art. 228[63] (BRASIL, 1988). Neste, está prevista a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, todavia, ao regulamentar o final do referido dispositivo legal, o Estatuto acabou por implementar um sistema processual de direitos e garantias ao adolescente em conflito com a lei (BRASIL, 1990a).

De antemão o ECA estabeleceu em seu art. 2, *caput*[64], duas categorias que serão tuteladas, quais sejam as crianças até 12 anos e os adolescentes que são os sujeitos de direito de 12 (doze) até 18 (dezoito) anos de idade. Para as crianças (12

popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

[59] Art. 100 [...]
Parágrafo único. [...]
III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009).

[60] Políticas básicas (art. 4, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura (SPOSATO, 2014, p. 52/53).

[61] Políticas de proteção especial (art. 23, parágrafo único, 34, 101, e 129 do ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde atendimentos a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda familiar, guarda subsidiada e abrigo (SPOSATO, 2014, p. 53).

[62] Políticas socioeducativas (art. 112 e 129, do ECA): prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (SPOSATO, 2014, p. 53).

[63] Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988).

[64] Art. 2 Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

anos incompletos) que violarem a norma penal[65], o ECA contemplou apenas medidas de caráter não punitivo - as quais estão elencadas no art. 101[66] -, já aos adolescentes violadores da norma penal é possível à aplicação das medidas socioeducativas elencadas de forma taxativa no art. 112[67] do ECA, as quais, segundo Shecaira (2014) possuem cunho punitivo e diferem das medidas aplicadas as crianças.

Desta maneira, o ECA em seu art. 104[68], reconheceu que os adolescentes violadores da norma penal comum[69] são inimputáveis penalmente (BRASIL, 1990ª). Entretanto, isso não quer dizer que se cometerem atos definidos como crime ficariam sem qualquer tipo de responsabilidade, pois o ECA pretendeu adequar o tratamento diferenciado devido à sua condição peculiar de desenvolvimento, conforme preceitua o art. 228, *caput*, da CF (BRASIL, 1988).

Não obstante, a "sensação" de impunidade alardeada pelo senso comum no que tange à inimputabilidade penal juvenil, essa é divergente da realidade. Pois, conforme leciona Liberati, "*inimputabilidade* não implica *impunidade*, vez que o Estatuto estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição

---

[65] Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (BRASIL, 1990a).

[66] Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VII - acolhimento institucional;
VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990a).

[67] Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I - advertência;
II - obrigação de reparar o dano;
III - prestação de serviços à comunidade;
IV - liberdade assistida;
V - inserção em regime de semi-liberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional;
VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1990a).

[68] Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei (BRASIL, 1990a).

[69] Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990a).

peculiar de pessoa em desenvolvimento dos autores de ato infracional" (2006, p. 66).

Essa responsabilização adotada pelo ECA, aos adolescentes de 12 até 18 anos, segundo Liberati (2006), seria a responsabilidade *estatutária,* também denominada por parte da doutrina de *responsabilidade penal juvenil*. Sendo, que foi contemplada por intermédio da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), buscando estabelecer um microssistema de regras procedimentais especiais aos adolescentes diferentemente das regras aplicadas aos adultos.

Liberati aponta alguns fatores determinantes que devem conter nessa especialidade prevista aos adolescentes:

> a) A desjudicialização ou diversificação da intervenção penal, na medida em que retira os conflitos do âmbito judicial ou obriga que, em determinados casos, haja uma intervenção penal de outros órgãos do sistema de justiça. Neste último caso, esse papel incumbe ao Ministério Público, ao conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, nos termos do art. 126 do ECA.
> b) A intervenção mínima e subsidiária, que instiga o operador do direito a refletir sobre a oportunidade de iniciar uma ação de natureza penal. O órgão acusatório deve questionar-se se a paz social fracionada pela ato infracional não se restabelece por outro meio.
> c) A diferença entre grupos etários sintetiza o modelo que diferencia a intervenção penal segundo critérios objetivos, como o estabelecimento de idade mínima a partir da qual sujeitos são destinatários de leis de natureza penal. Esta especialidade funda-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se encontram os destinatários dessas leis.
> d) Um processo garantista, flexível, sumário, único e confidencial, que reconheça a supremacia das regras constitucionais do devido processo legal, imparcial e justo, do direito à ampla defesa, à presunção de inocência e demais garantias do direito penal. Por sua vez, a flexibilidade pode oferecer possibilidades de conclusão do processo diversa daquela prevista somente por meio da sentença – os acordos com a vítima ou a conciliação são exemplos de flexibilidade. O processo deve ser breve, sumário, compacto e objetivo, de modo a concretizar a jurisdição de forma célere, com prazos curtos, respeitando-se a prioridade em seu processamento, sua singularidade e sigilo.
> e) Um amplo rol de sanções reduz a dificuldade do juiz ao impô-las e ao proibir as sanções indeterminadas, privilegiando as restritivas de direito (em meio aberto) às restritivas de liberdade (em meio fechado) (2006, p. 76-77).

Com fulcro nas diretrizes supracitadas, o ECA estabeleceu as regras processuais para aplicação das medidas socioeducativas (BRASIL, 1990a, art. 112-125), aos adolescentes em conflito com a lei, sendo que tais direitos e garantias estão em sintonia com os direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5 da CF (BRASIL, 1988), a todo e qualquer cidadão.

Destarte, o reconhecimento no âmbito judicial desses direitos e garantias ao adolescente violador da norma penal/contravencional é medida imperiosa para efetivação do da doutrina da proteção integral no âmbito processual, pois somente por intermédio de um processo democrático e garantista é que poderá se adotar a melhor medida socioeducativa a ser aplicada ao adolescente violador da norma penal.

3.3 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: PENA OU ATO DE COMPAIXÃO?

3.3.1 Adolescente em conflito com a lei e o dilema da punição ou da socioeducação

Inegáveis os avanços introduzidos pelo ECA na seara da tutela da criança e do adolescente no Brasil (1990a), entretanto, algumas questões não restaram totalmente esclarecidas pelo aludido diploma legal. Sendo uma delas relacionada a natureza jurídica das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a Lei.

De antemão deve-se ressaltar, que o art. 228 da CF (BRASIL, 1988) corroborou o teor da redação do art. 27[70] do CP (BRASIL, 1940), no sentido que apenas seria responsabilizado penalmente o indivíduo maior de 18 anos, ao passo que a pessoa com idade inferior a 18 anos, teria sua responsabilidade firmada em lei especial. Dessa maneira o ECA tratou de regulamentar a responsabilidade juvenil aos autores de atos ilícitos equiparados a crimes e contravenções[71], delimitando essa responsabilidade ao adolescente com idade de 12 a 18 anos à aplicabilidade de medida socioeducativa, sendo que a criança violadora da norma penal à aplicação de medidas de proteção, conforme preceitua o art. 105[72] do ECA (BRASIL, 1990a).

---

[70] Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (BRASIL, 1990a).

[71] Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990a).

[72] Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101(BRASIL, 1990a).

Diferentemente das medidas de proteção aplicadas tão somente às crianças em conflito com a lei penal/contravencional, o ECA previu em seu art. 112[73], um rol taxativo de medidas socioeducativas a serem aplicadas isolada ou cumulativamente aos adolescentes em conflito com a Lei (BRASIL, 1990a). Consequentemente, desmitificando a ausência de responsabilidade ao adolescente violador da norma penal, bem como a sensação de impunidade a sociedade.

Porém, certa dúvida paira em relação à natureza jurídica das medidas socioeducativas: estariam apenas atreladas ao aspecto pedagógico a ser imposto ao adolescente violador da norma, ou, também estariam vinculadas a um aspecto sancionatório de cunho penal?

3.3.2 A natureza jurídica da medida socioeducativa

Conforme dito alhures, o ECA não estabeleceu a natureza jurídica que a medida socioeducativa detém, diferentemente do CMM e do CM, os quais atribuíam aos "menores" tratamento igual dispensado aos imputáveis na hipótese de crime (BARBOSA, 2009).

O fato é que alguns doutrinadores[74] sustentam que após o advento do ECA, surgiu um ramo autônomo do Direito, o qual possui normas e princípios próprios

---

[73] Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I - advertência;
II - obrigação de reparar o dano;
III - prestação de serviços à comunidade;
IV - liberdade assistida;
V - inserção em regime de semi-liberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional;
VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1990a).

[74] Paulo Afonso Garrido de Paula: "Por fim, estão inseridas em um sistema diverso, diferenciado do civil e do penal, representando consequências próprias de um ramo autônomo do nosso ordenamento jurídico. [...] Trata-se de um conjunto sistêmico distinto do Direito Penal, muito embora tenha se abeberado em suas conquistas por meio da incorporação de direitos e garantias classicamente alocados nesse ramo, engendrando ordenamento capaz de impedir os desmandos do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, sem perder de vista a qualidade de seus sujeitos como pessoas em situação peculiar de desenvolvimento" (2006, p. 34, 44).
Olympio Sá Souto Maior Neto: "[...] proposta do "Direito Penal Juvenil" ou mesmo do reconhecimento de que a medida socioeducativa tem caráter penal deve ser afastada ao tempo que implica visível – e perigoso – retrocesso. De um lado porque, ao contrário do que acontece com as normas do Processo Penal (que traduzem regras de garantia do cidadão – p. ex., as referentes ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório etc. – e foram corretamente recepcionadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), o sistema jurídico-penal é especialmente marcado pela desigualdade, notadamente nos processos de criminalização primária, ou seja, da formação da lei penal (em que se constata a proteção privilegiada aos interesses das classes dominantes e a defesa fragmentada de bens

alicerçadas no texto Constitucional de 1988, contudo esse novo ramo não estaria em nada atrelado ao Direito Penal (COSTA, 2005). Para esses doutrinadores vincular o direito penal ao ECA seria um retrocesso, visto que as leis penais possuem caráter retributivo e aflitivo, ao passo que o ECA teria medidas de cunho pedagógico:

> esse entendimento propaga que mesmo a restrição e a privação de liberdade não possuem sentido punitivo, portanto, natureza punitiva, uma vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente. Logo, o enfoque da discussão não estaria nas garantias do adolescente perante o poder punitivo do Estado, pois este, através dos seus órgãos, agiria em benefício dos adolescentes (COSTA, 2005, p. 79).

Nesse contexto afirma Shecaira (2014), que os defensores da concepção de um ramo autônomo do Direito da Criança e do Adolescente, não admitem a natureza penal das medidas socioeducativas mesmo na hipótese mais aguda de intervenção estatal na liberdade do adolescente em conflito com a lei. Para o auor, na hipótese de aplicação da medida socioeducativa de privação de liberdade de internação, essa

---

essenciais à sociedade – como na chamada criminalidade do "colarinho branco"). O sistema estabelecido pelo legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente (mediante o instituto da remissão, a inexistência de medidas que correspondam necessária e proporcionalmente a determinados atos infracionais, a possibilidade de substituição das mesmas a qualquer tempo e assim por diante) permite temperar e corrigir os equívocos e injustiças do Direito Penal, apresentando-se, portanto, como avanço a ser considerado pelo legislador para aprimoramento da lei penal e não vice-versa. De outro lado, a medida socioeducativa – em sua essência – em nada tem a ver com a pena, embora ambas apresentem o propósito de responder à prática de atos previstos como ilícitos penais. Pelo pensamento majoritário da doutrina criminal – e em análise ontológica –, a finalidade da pena é tão-só de retribuição à prática do delito (o mal justo da pena ao mal injusto do crime), não contemplando propósito de emenda ou ressocialização do condenado (aliás, defendem alguns a tese de que sequer teria o Estado o direito de pretender modificar a postura social do criminoso); enquanto a medida socioeducativa apresenta caráter eminentemente pedagógico, tendente a interferir no processo de desenvolvimento do adolescente autor do ato infracional objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social" (SOTTO MAIOR NETO, 2006, p. 145/146).

Murilo Digácomo: "Nunca é demais lembrar que as medidas sócio-educativas, embora pertençam ao gênero "sanção estatal", eis que destinadas unicamente a adolescentes que tenham comprovadamente praticado um ato infracional (valendo mais uma vez citar o contido nos art. 114 e 189, da Lei nº 8.069/90), **não possuem natureza penal**, não estando sujeitas aos parâmetros fixados pelo Código Penal para aplicação de pena privativa de liberdade a imputáveis, tendo a apuração da solução mais adequada à **proteção integral** do adolescente - que segue os parâmetros traçados pelos arts. 1º, 112, §1º, 113, 100, 122 e 186, todos da Lei nº 8.069/90 -, assim como sua execução, uma metodologia e um propósito também **diferenciados**. [...] Nunca é demais repetir que as medidas sócio-educativas **não possuem natureza penal**, não estando sujeitas aos parâmetros fixados pelo Código Penal para aplicação de pena privativa de liberdade a imputáveis, tendo sua execução uma metodologia e um propósito também diferenciados" (DIGÁCOMO, 2006, p. 225; 238-239).

Alexandre Morais da Rosa: "Deste modo, não se pode dialogar com o sistema de medidas socioeducativas com a mesma lógica da resposta do penal. Pensar com a lógica do Direito Penal implica, em regra, no recrudescimento da medida socioeducativa aplicada" (ROSA, 2006, p. 291).

não possuiria um caráter punitivo, visto que tal medida seria para que o adolescente pudesse ser atendido, tratado, reeducado e ressocializado (SCHECAIRA, 2014).

Em total oposição à negação da natureza penal das medidas socioeducativas Sposato (2013), contextualiza que o direito penal está lastreado no princípio da subordinação do indivíduo ao poder estatal. Portanto, o Estado ao equiparar o crime ao ato infracional e impor uma medida ao transgressor da norma, acaba por intervir na vida do adolescente, restando manifesta o teor penal da matéria (SPOSATO, 2013). Mais contundente é o posicionamento de Konzen (apud BARBOSA, 2009), que sugere que se questione ao adolescente em conflito com a lei, qual é a sensação da imposição de uma medida socioeducativa, o qual provavelmente irá afirmar que se sente como estivesse sendo punido.

Nesse contexto grande parte da doutrina[75] sustenta e defende a tese que a natureza jurídica das medidas socioeducativas possui matriz penal. Isso porque, não haveria subsídios para sustentar que tais medidas fossem dotadas de natureza cível ou administrativa, tendo em linha de conta que a CF não admite qualquer espécie de privação de liberdade natureza não penal, exceto as hipóteses taxativas delineadas nos incisos LXI[76] e LXVII[77] do art. 5 da CF (KOZEN apud BARBOSA, 2009). Para Sposato:

> alguns autores, como Paulo Afonso Garrido de Paula, propõem que o Direito da Criança e do Adolescente derivado da legislação mencionada configura um Direito Misto, entre o direito público e o privado. O referido autor defende sua posição sustentando a definição do Direito da Criança e do Adolescente como a disciplina das relações jurídicas entre, de um lado,

---

[75] Wilson Donizeti Liberati: “Em trabalho anterior, lembramos que existe um procedimento especial que aplica medidas socioeducativas de caráter sancionatório-punitivo, com finalidade pedagógico-educativa aos infratores considerados inimputáveis, em virtude da menoridade. [...] A nova legislação conferiu sanção, de natureza penal, ao autor de ato ilícito, menor de 18 anos” (LIBERATI, 2006 a, p. 70-71).
Sérgio Salomão Shecaira: “De tudo o que já se disse, pode-se provisoriamente observar que a medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo. É a vontade coativa do Estado que emerge de qualquer sentença penal condenatória e que, também na esfera estatutária, vai sobrepor à vontade do adolescente em conflito com a lei, sem se importar com sua vontade, especialmente em caso de fixação de medida socioeducativa que decorre da materialidade da infração e dos indícios suficientes de autoria” (SHECAIRA, 2014, p. 193-194).

[76] Art. 5 [...]
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

[77] Art. 5 [...]
LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988).

> crianças e adolescentes e, de outro, família sociedade e Estado, o que resulta em sua conceituação de um Direito Socioindividual. O equívoco de tal concepção tem dupla causa: de um lado, confunde o modelo que pode ser Misto, como vimos, com o Direito, que, nesse caso, não tem como ser misto, posto que revela cristalinamente a resposta estatal perante o delito praticado por um adolescente. E, de outro lado, confunde o Sistema de Garantias de Direitos que o Estatuto estabelece com matéria pertinente à responsabilização pelo cometimento de infrações penais. Ou seja, a legislação brasileira não reduz às medidas aplicáveis quando um menor de idade comete um delito, e sim corresponde a todas as espécies de políticas e programas dirigidos à infância e juventude. Não se trata unicamente de uma Lei a responsabilidade e, dada sua transcendência, muitos acabam por confundir as distintas matérias que a integram. A perspectiva adotada neste trabalho considera o Direito penal juvenil, presente no Estatuto, como *Ultima Ratio* do Sistema de Justiça da Infância e Juventude (2013, p. 92).

Outro argumento utilizado por essa parte da doutrina que defende a natureza penal da medida socioeducativa, está no fato que os defensores da tese de um ramo autônomo do direito da criança e do adolescente ao utilizarem o pseudo argumento do melhor interesse da criança. Dessa forma, acabariam por ignorar ou até mesmo desrespeitar grande parte dos direitos constitucionais a aquela categórica elevada à categoria de sujeitos de direito pelo texto constitucional de 1988. Nesse sentido o Desembargador Antônio Fernando Amaral da Silva, defende categoricamente a natureza sancionatória das medidas socioeducativas, afirmando por intermédio de seu posicionamento que procura desmascarar:

> as posições paternalistas do sistema de penas disfarçadas, impostas com severidade e sem os limites do Direito Penal, em muitos casos mais rigorosas do que, em iguais circunstâncias, seriam fixadas pela Justiça Criminal (SILVA, 2006, p. 49).

Ao traçar um paralelo com os regimes de cumprimento da pena e as espécies de penas previstas no CP, pode-se, concluir que as medidas socioeducativas, guardam algumas semelhanças (QUADRO 1):

Quadro 1: Comparação entre ECA e CP

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.	Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.
	Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.	Art. 33 – (...) § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.	Art. 33 (...) §1º - Considera-se: (...) b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.	
Art. 116. 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 da vítima.	Art. 33 (...) §1º - Considera-se: (...) c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.	
Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.	

Fonte: BRASIL, 1990a; Brasil, 1940.

Nota-se, que algumas penas e os regimes de cumprimento das penas do CP, estão próximos das medidas socioeducativas, visto que a segregação da liberdade estabelecida pelo regime fechado do CP se assemelha a restrição de liberdade da medida socioeducativa de internação (BRASIL, 1940). Já o regime semiaberto estabelecido no CP, muito se assemelha a medida socioeducativa de semiliberdade. Por derradeiro, as penas em meio aberto do CP, estão atreladas em algumas particularidades com as medidas socioeducativas a serem cumpridas em meio aberto (Liberdade Assistida; Prestação de Serviço à Comunidade; Advertência) (BRASIL, 1940).

Contudo mesmo os doutrinadores que sustentam a natureza penal da medida socioeducativa, não deixam de reconhecer seu aspecto socioeducativo, visto que a imposição da sanção na seara infracional possui um processo de reflexão ao infrator com fulcro na proteção integral de sujeito de direito em desenvolvimento.

Não obstante a diferentes posições e interpretações no âmbito doutrinário acerca da natureza jurídica penal ou não das medidas socioeducativas, o fato é, que o tema já foi objeto de discussão nos tribunais superiores, sendo que no julgamento do R. Esp. 241.477/SP, no dia 08 de junho do ano 2000, o Ministro Félix Fischer, havia feito menção em seu voto acerca da natureza sancionatória da medida socioeducativa. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por intermédio da 6ª Turma, em maio de 2018, em julgamento do R. Esp. 1694248/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis de Moura, expressamente admitiu o caráter sancionatório da medida socioeducativa. Veja-se a pronuncia do julgamento:

> STJ - RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ACÓRDÃO QUE EXTINGUE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. DECISÃO NÃO UNANIME FAVORÁVEL AO MENOR INFRATOR. TÉCNICA DE COMPLEMENTAÇÃO DE JULGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 942 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE DE PROCEDIMENTO MAIS GRAVOSO QUE O ADOTADO NO PROCESSO CRIMINAL EM AFRONTA ÀS NORMAS PROTETIVAS QUE REGEM O ECA. 1. O sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de reformatio in pejus e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, como admite a jurisprudência desta Corte, é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor. 3. A aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da

> Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente implicaria em conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria não beneficiar o réu, culminando em induvidosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Recurso improvido (REsp 1694248/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018) (BRASIL, STJ, 2018, grifo nossos).

O entendimento jurisprudencial em relação à natureza sancionatória das medidas socioeducativas, também já havia sido comtemplado por alguns Tribunais Estaduais, sendo que o percursor foi o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), o qual adotou esse entendimento ao contemplar o reconhecimento do instituto da prescrição penal em face às medidas socioeducativas, o qual posteriormente resultou na edição da súmula 338 do STJ[78] (SHECAIRA, 2014). Convém gizar que o TJSC ainda manifesta posição de vanguarda em relação ao tema da natureza sancionatória da medida socioeducativa, visto que recentemente se manifestou:

> TJSC - APELAÇÃO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CONHECIMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE RECEPTAÇÃO CULPOSA. MAGISTRADO QUE DEIXOU DE APLICAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ART. 180, § 5º, DO CÓDIGO PENAL. PROPRIEDADE. CARÁTER EMINENTEMENTE PEDAGÓGICO. INDISSOCIÁVEL NATUREZA RETRIBUTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE O ADOLESCENTE RECEBER TRATAMENTO MAIS GRAVOSO DO QUE O CONFERIDO AO ADULTO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 35, I, DA LEI N. 12.594/12. RECURSO NÃO PROVIDO. Embora as medidas socioeducativas possuam caráter eminentemente pedagógico, incorporam indissociável natureza retributiva, motivo pelo qual se sujeitam a limites conferidos à pretensão punitiva do Estado, de modo a evitar que o adolescente receba tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto (art. 35, I, da Lei do Sinase). (TJSC, Apelação Criminal n. 0005870-98.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 09-05-2017). (BRASIL, TJSC, 2017, grifo nosso).

Mesmo inexistindo uma unanimidade doutrinária e jurisprudencial em relação à natureza sancionatória da medida socioeducativa, não se pode negar o seu cunho pedagógico, o qual restará evidente no momento que o adolescente em conflito com a lei estiver cumprindo a medida lhe imposta.

---

[78] Súmula 338 STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas” (BRASIL, STJ, 2007, p. 201).

3.3.3 O sistema de direitos e garantais como elemento central do pretenso pedagógico na execução das medidas socioeducativas

O protagonismo da CF (BRASIL, 1998), ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular e implementar a doutrina da proteção integral, passando assim a reconhecer a criança e adolescente como sujeito de direitos, acabou por estabelecer parâmetros legais de proteção em face a informalidade existente no modelo tutelar (COSTA, 2005). Notadamente essa proteção legal assegurada à criança e ao adolescente está inserida em toda gama de direitos e garantias constitucionais previstas nos incisos do art. 5 da CF (BRASIL, 1988), sendo que o ECA apenas corroborou expressamente uma parcela desses direitos e garantias em Capítulos II e III do Título III (BRASIL, 1990a).

Conforme bem pontua Saraiva (2006), ao estabelecer todas às garantias e direitos ao adolescente em um procedimento de apuração de ato infracional, está também reconhecendo o adolescente com sujeito de processual e assegurando sua proteção integral de pessoa em desenvolvimento em face de qualquer eventual arbitrariedade estatal.

Costa (2005) sustenta que os direitos e garantias processuais penais proclamadas em todo ordenamento jurídico também sejam aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei no procedimento de apuração do ato infracional, visto que somente com essa efetivação, viabilizaria o conteúdo pedagógico na fase de execução da medida socioeducativa.

Acerca desse conteúdo sócio-pedagógico vinculado a medida socioeducativa, seria de fundamental importância para o adolescente em conflito com a lei ter a consciência da valoração de seu ato jurídico equivocado para com sociedade, e, não ser um só um compromisso de mero compromisso assistencial com o adolescente, conforme era previsto nas legislações menoristas anteriormente ao advento da CF (LIBERATI, 2006a).

Nesse escopo tanto a pena como a medida socioeducativa possuem o caráter punitivo em relação àquele que violou a norma penal. Todavia, na seara infracional, no momento da execução da medida, essa deve servir de instrumento pedagógico buscando adequar a conduta contrária a legislação perpetuada pelo adolescente em

conflito com a lei à convivência social pacificada, sob a ótica de um futuro prospero e adequado aos ditames sociais da boa convivência (LIBERATI, 2006b).

4 O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO FACILITADOR NA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

4.1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS RECONHECIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

4.1.1 O processo como instrumento de direitos e garantias

Os conflitos entre os seres humanos ao longo dos tempos foram dirimidos de diversas formas, tais como: vingança privada[79]; vingança divina[80]; composição[81]; vingança pública[82]. Porém, somente com organização estatal por intermédio de uma forma procedimental linear, que foi possível a busca pela pacificação social de forma mais isonômica.

A história recente do processo penal está atrelada à aplicação da pena, a qual seria aplicada como forma de punição àquele que transgrediu a norma de conduta socialmente aceita. Contudo, a implementação de um processo voltado para aplicar uma pena ao agente transgressor de uma norma de conduta, somente passou a ser realizada quando o Estado assumiu a titularidade do direito de apenar (LOPES JR.,

---

[79] “O primeiro direito a surgir foi o penal. A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social (tribo) a que pertencia. A reação costumava superar em muito a agressão, a menos que o transgressor fosse membro da tribo. Era então punido com o banimento, que o deixava entregue à sorte de outros agrupamentos” (COSTA JR; COSTA, 2010, p. 54).

[80] "No período divino, existia um poder social que organizava e dominava a sociedade com a justificativa do atendimento à Divindade. O exemplo claro é o da Índia, com o Código de Manu, a divisão em castas e o objetivo de purificação da alma do criminoso através do castigo. O sentimento religioso era predominante entre os povos do Oriente, abrangendo Israel, Egito, China etc." (ISHIDA, 2015, p. 3).

[81] "Criou-se, posteriormente, a *compositio* (sem dúvida a forma embrionária da atual *transação penal*), numa tentativa de superar o problema. Por esse sistema, o mal cometido era hipoteticamente reparado por meio de indenização pecuniária à família ofendida — Radbruch denomina esse fato, havido no antigo direito germânico, direito “pré-penal” — ou pagamento em gado, armas, utensílios. Tal instituto, no início da civilização, secundando a Pena de Talião, foi importante para o progresso moral e jurídico, buscando atenuar e regular os excessos e consequências da vingança pessoal e familiar (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 46-47).

[82] “A VINGANÇA PÚBLICA. O prestígio e a atenção à vítima começaram a perder força na Idade Média para, durante a Idade Moderna – em especial no século XVII –, efetivamente ocorrer sua neutralização. Ocorreu a publicização do direito penal, e a garantia dos interesses se realizava independentemente de seu titular. O Estado se fortaleceu, pois passou a ocupar tanto o papel de julgador como o de vítima. A resposta penal apenas podia ser estatal, pois de algum modo também era estatal ou público o interesse perseguido pelo Estado mediante o direito penal. Nesse período, a pena criminal perdeu o seu sentido individual e se transformou numa resposta social infligida não mais pelo particular ou pelo sacerdote, mas pela autoridade soberana do Estado, o Rei, que representava os máximos interesses estatais” (BEM; MARTINELLI, 2016, p. 63).

2015).

Nesse contexto, surge a necessidade de um conjunto de regras previamente ordenadas para que se pudesse investigar, apurar e concluir acerca da responsabilidade do violador da regra de harmonia social: “sem limites procedimentais claros e definidos, a realização prática do Direito Penal é desordenada e fonte inesgotável de injustiças” (MARCÃO, 2017, p. 53).

Lopes Júnior, afirma:

> existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena (2015, p. 34).

Compartilhando do entendimento doutrinário de que a medida socioeducativa possui natureza punitiva[83], torna-se imprescindível reconhecer os direitos e garantias processuais elencados na CF (BRASIL, 1988) e no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941b) aos adolescentes que tiverem sido imputados um ato infracional.

Destarte, ao adolescente em conflito com a Lei e submetido ao procedimento de apuração de ato infracional é garantida toda gama de direitos e garantias processuais explícitas na CF (BRASIL, 1988), bem como, no ECA:

> destacam-se, dentre eles, os princípios do devido processo legal, da excepcionalidade da restrição de liberdade, da presunção do estado de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da reserva legal, da culpabilidade, da individualização da medida socioeducativa e os direitos de ter conhecimento pleno da imputação de ato infracional, de possuir defensor, de solicitar a presença dos pais ou responsáveis, de os atos referentes ao inquérito ou ao procedimento de apuração de ato infracional tramitarem em segredo de justiça e de desfrutar de celeridade processual. (FERRANDIN, 2009, p. 91).

O trâmite necessário para reconhecer o cometimento de um ato infracional por um adolescente, passa necessariamente por um processo de apuração de ato infracional, o qual deve assegurar ao adolescente todos os direitos e garantias processuais inerentes a sua condição de sujeito em desenvolvimento. No entanto, como assegurar esses direitos e garantias ao adolescente, se no imaginário do julgador juvenil, esse ainda atua como “protetor” daquele que, na sua concepção,

---

[83] Ver tópico 3.3.1

ainda está em situação irregular?

Para dirimir tais questionamentos, é necessário trazer à tona alguns aspectos dos sistemas processuais penais.

4.1.2 Os sistemas processuais

Considerando a origem etimológica da palavra sistema, é possível compreender:

> por sistema processual penal, sempre se considerando a situação histórica contextual, é possível compreender o conjunto ordenado de regras, princípios, diretrizes, deveres, direitos, atribuições, ações, organização institucional, competência, funcionamento e demais critérios que envolvem a regulamentação das relações jurídicas - processuais e procedimentais - à investigação, à instrução e ao julgamento de casos concretos para fins de responsabilização criminal (RAMIDOFF, 2017, p. 36).

Grande parte da doutrina (TORNAGHI, 1997; NUCCI, 2016; BONFIM, 2016), aponta para a existência de três sistemas processuais, quais sejam, sistema inquisitório, sistema acusatório e por fim, o denominado sistema “misto”.

4.1.2.1 Sistema Inquisitório

A história nos remete que até o século XII predominava o sistema acusatório[84], o qual fora sendo substituído pelo modelo inquisitório, pois entenderam que não poderiam deixar à persecução criminal aos particulares, mas sim ao Estado, que deveria exercer tal ofício nos termos da lei, isso porque, algumas pessoas acabavam não exercendo seu direito de punir, o que consequentemente gerava a sensação de impunidade (LOPES JR., 2009).

---

[84] “Interessante lembrar que o sistema processual em toda a Antiguidade foi o acusatório, iniciando o processo pela *accusatio*, dominando a publicidade e oralidade, não havendo a possibilidade do juiz tomar a iniciativa de apurar os fatos imputados, cabendo a demonstração da relação fática pelas partes. O juízo penal, como expunham os críticos da época, era o *actum trium pesonarum*. Obviamente o modelo acusatório desse período não alcançava qualquer garantia aos indivíduos, principalmente aqueles que não pertenciam a uma classe social mais privilegiada, bastando lembrar que a demonstração fática ocorria através das ordálias” (SAMPAIO, 2010, p. 114).

O marco histórico do sistema inquisitório se deu por intermédio da Igreja Católica[85], mais precisamente no IV Concílio de Latrão no ano de 1215. Mencionado que no processo inquisitório o réu assumia a condição de pecador, tão logo, possuía uma "verdade" a ser extraída por seu inquisitor, o qual, por sua vez, poderia utilizar de todos os métodos para obter a "verdade", inclusive a tortura (COUTINHO, 2009).

A implementação do modelo inquisitório ocasionou uma transformação substancial na persecução criminal, visto que se no modelo acusatório existia uma batalha direta entre acusado e acusador, essa fora substituída por uma disputa desequilibrada entre julgador-inquisitor e acusado (LOPES JR., 2009).

Notadamente o magistrado deixou a passividade lhe atribuída pelo sistema acusatório, para erigir ao *status* de protagonista, haja vista que passava atuar como acusador e julgador ao mesmo tempo (KHALED JR., 2013). Para Coutinho,

> com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador (1998, p.166).

No sistema inquisitório o julgador diante um fato típico criminoso atua de ofício, ou seja, sem a necessidade provocação. A busca pela prova também ocorre de maneira unilateral, visto que necessita de provas para corroborar sua acusação inicial. Portanto, conforme afirmar Lopes Jr., “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga” (2009, p. 63), sendo que:

> é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções da mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu (LOPES JR., 2015, p. 42).

Constata-se que no sistema acusatório o julgador não constrói seu convencimento por intermédio das provas apresentadas na marcha processual, mas sim, ele mesmo busca convencer o acusado e sociedade de sua íntima convicção

---

[85] “A Igreja foi o primeiro poder que passou do procedimento acusatório ao inquisitório” (KHALED JR., 2013, p. 42).

aflorada no ato da imputação do fato delituoso ao acusado no início da persecução criminal (RANGEL, 2013). Vê-se que:

> na configuração inquisitória, tudo se resolve de forma extremamente pragmática e utilitarista: ao considerar que há indícios suficientes de um fato punível, o juiz procede de ofício e recolhe por si mesmo o material, a fim de obter o convencimento da existência do delito. Outras pessoas não são tidas em conta a não ser como meios de informação. Isso vale tanto para a vítima, que será admitida somente como testemunha, como também para o acusado (KALHED JR., 2013, p. 83).

Além da gestão da prova sob o domínio exclusivo do julgador o sistema inquisitório se lastreia nas seguintes características:

> a) julgamento por um juiz funcionário (em nome da segurança pública);
> b) juiz que acusa, defende e julga com concentração de funções;
> c) acusação oficial;
> d) procedimento escrito e secreto;
> e) não-contraditório;
> f) prova tarifada ou sistema da prova legal, entre outras (BIZZOTTO; JOBIM; EBERHARDT, 2006, p. 22).

A falta de publicidade e a escrita também foram características marcantes na construção do sistema acusatório, pois permitiam ao julgador manifestar sua subjetividade nas decisões. O que consequentemente também gerava a desnecessidade de fundamentar suas decisões, circunstâncias essas que não importariam problemas de ordem processual, visto que dificilmente existiram impugnações de suas decisões (SAMPAIO, 2010).

A inexistência do contraditório também é marcante junto ao sistema acusatório, pois se inexistia a figura de um acusador propriamente dito - julgador assumia tal função -, somente uma parte tinha interesse em fazer valer sua imputação inicial, logo não se fazia necessário o acusado contraditar aquilo que lhe era imputado (BADARÓ, 2003).

O sistema inquisitório teve seu declínio após a revolução francesa, quando os ideais humanistas propagados não mais se compatibilizavam com a figura de um acusador-julgador.

4.1.2.2 Sistema Acusatório

A origem histórica do sistema acusatório está vinculada ao direito grego, que permitia a participação direta da população ora no exercício da acusação, ora como julgador (LOPES JR., 2009).

No aspecto histórico, Coutinho (2009), admite a origem do sistema acusatório, propriamente dito, na Inglaterra no reinado de Henrique II, quando esse instituiu:

> [...] um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. (...) Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia - e tende - a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores. O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público (2009. p. 106-107).

Não obstante a origem histórica do sistema acusatório, esse foi amplamente aplicado e tendo como sua essência a distinção do acusador e julgador, contudo, com o passar dos séculos o sistema acusatório fora sendo gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, o qual trazia em sua essência o protagonismo do julgador e mitigação de direitos e garantias (LOPES JR., 2009).

Somente após a Revolução Francesa com os ideais humanitários e de valorização e respeito da dignidade da pessoa humana, é que se reascende a necessidade do retorna do sistema acusatório no campo processual penal.

As principais características do sistema acusatório, segundo Lopes Júnior, são:

> a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
> b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
> c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo;
> d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
> e) procedimento é em regra oral (ou predominante);
> f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte);
> g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
> h) ausência de uma tarifa provatória, sustentando-se a sentença pelo convencimento motivado do órgão jurisdicional;
> i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
> j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (2009, p. 60).

O sistema acusatório visa assegurar justamente um processo penal democrático, garantindo que cada parte possua sua posição delineada na seara processual penal. Ou seja, ao acusado cabe se defender utilizando de todos os meios e recursos a sua defesa lhe concedido constitucionalmente, ao titular da ação penal cabe acusar aquele que violou o tipo penal, apresentando as provas para convencer o julgador, e ao magistrado incumbe julgar o caso penal com as provas que lhe foram apresentadas no curso da instrução criminal (RANGEL, 2013). Caso não se constate essa efetiva divisão de tarefas supracitadas, pode-se afirmar que não há processo acusatório, tendo em vista que restaria inviabilizada a relação jurídica processual, pois o acusado não seria sujeito de direitos, mas sim, um mero objeto do processo (BADARÓ, 2003).

Contudo não se pode reduzir o sistema acusatório no simples argumento da separação da atividade de acusar e julgar. Pois se assim fosse, bastava admitir a existência de um órgão acusador que iniciasse a persecução criminal e posteriormente ao longo do procedimento consentir que o julgador assumisse, para si, a busca da prova para condenação do réu ou até mesmo atos típicos de um acusador (LOPES JR., 2016)[86].

A imparcialidade do julgador é outro elemento central do sistema acusatório, uma vez que ao assumir sua função de julgar o caso penal deve se posicionar como um terceiro estranho a relação processual. Contudo, não se pode exigir uma posição de neutralidade plena do julgador, tendo em vista que esse está inserido no seio social e consequentemente sofrerá as influências do meio que vive. Deste modo, é dever do julgador como parte imparcial da relação processual, que se atenha as provas produzidas, pois senão estará caminhando à contramão da imparcialidade necessária do sistema acusatório (BIZZOTTO; JOBIM; EBERHARDT, 2006).

---

[86] “Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e, depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.” (LOPES JR., 2013, p. 162).

Corolário da imparcialidade do julgador, é que esse será também o gestor da prova, o qual decidirá o direito a ser aplicado no caso em concreto, com base nas provas obtidas pelas partes (acusação e defesa). Destarte, segue destacando Lopes Jr., “em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive” (2015, p. 44).

Em consequência da imparcialidade do julgador o sistema acusatório proporciona um efetivo contraditório entre as partes (acusação e defesa). E assim se dá porque a produção da prova se concentrará efetivamente nas mãos daqueles, que a fim de atender seus objetivos processuais irão buscar as provas para condenação (acusação) ou a manutenção do estado de inocência garantido constitucionalmente (defesa). Por conseguinte:

> resta estabelecido que, para concretização do sistema acusatório, o juiz no processo penal, não tem atuação de ofício na direção do objeto da persecução penal, ficando inerte e aguardando a provação das partes ou comando processual procedimental (BIZZOTTO; JOBIM; EBERHARDT, 2006, p. 24).

No sistema acusatório a paridade das armas na busca da reconstrução dos fatos do caso penal é elemento fundamental, sendo vedada a iniciativa probatória por parte do julgador (ROSA, 2014). Nas palavras de Lopes Jr., “em decorrência dos postulados do sistema, em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes” (2009, p. 61).

Conforme afirma Ramidoff “o sistema de processo penal acusatório é considerado uma maneira de conferir ao cidadão um processo mais condizente com o Estado democrático de direito, como garantia contra os arbítrios estatais” (2017, p. 39). Para Streck e Oliveira, “o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no processo-penal. É a porta de entrada da democracia” (2012, p. 45).

Constata-se que o cerne do sistema acusatório está justamente na importância atribuída ao acusado, tendo em vista que esse passa a figurar com sujeito processual, tão logo, munido de direitos e garantias processuais que no sistema inquisitório eram ignoradas. Desta maneira, o acusado possui voz ativa no processo penal, não sendo mais um mero objeto do caso penal.

4.1.2.3 Sistema Misto

A fragilidade do modelo inquisitivo e a necessidade do Estado enquanto ente político manter a titularidade do poder de punir, fez emergir a necessidade cindir o processo em fases, bem como, criar um órgão para realizar a função exclusiva de acusar, distinto do órgão julgador[87] (LOPES JR., 2009). Nesse contexto se inicia o sistema misto.

O denominado "sistema misto" surge propriamente por intermédio do Código Napoleônico de 1808 (*Code d` instruction criminelle*), o qual cindiu o processo penal em duas fases distintas, quais sejam: a) fase pré-processual e b) fase processual (LOPES JR., 2009). Na fase pré-processual, tem-se um modelo inquisitório onde o procedimento é guiado pelo julgador, o qual procede às investigações, para que se possa colher elementos necessários para levar o acusado ao tribunal competente (RANGEL, 2013). Já na fase judicial, tem-se à acusação efetiva, onde a acusação será realizada por um órgão distinto, que irá debater com a defesa, para que um terceiro alheio a relação processual julgue o caso penal.

O sistema misto, assim como seus antecessores apresenta características próprias, segundo Rangel são elas:

> a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de *"juizado de instrução"* (*v.g.* Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo judicio sine actores*);
> b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
> c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre acusação e defesa;
> d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo exclusivo do Ministério Público.
> e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência (2013, p. 52).

---

[87] "Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada através de um terceiro distinto do juiz. Aqui nasce o Ministério Público" (LOPES JR., 2009, p. 68).

Não obstante, parte da doutrina considerar a existência de um “sistema misto”, Coutinho (2009) sustenta que o sistema processual misto não é o simples somatório de alguns elementos do sistema acusatório e do inquisitório. Isso porque, não se sustentaria a própria noção de sistema não comporta tal entendimento. Invocando a ideia de sistema sustentada por Kant no sentido que é "um conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única", tão logo, essa ideia única é o princípio unificador do sistema (COUTINHO, 2009, p. 109).

No caso do sistema misto tem-se a questão invocada por Coutinho (2009), se no sistema inquisitório o princípio unificador é o inquisitivo e no sistema acusatório o princípio unificador é o dispositivo, não se terá uma ideia única, de tal sorte, não se poderá ter um sistema misto, visto que a ideia de sistema não contempla um princípio unificador misto. Arrematando acerca da impossibilidade da concretização de um sistema misto, Coutinho, leciona que:

> o dito processo misto, com o hálito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o sistema napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um Sistema Misto, ou seja, um Sistema Inquisitorial mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais. O dito processo misto, com o hálito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o sistema napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um Sistema Misto, ou seja, um Sistema Inquisitorial mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais (2009, p. 110).

Mesmo diante a impossibilidade do “sistema misto” nos moldes apresentado – duas fases processuais, sendo a 1ª fase inquisitorial e a 2ª fase acusatória -, alguns doutrinadores[88] insistem em admitir que o sistema processual penal brasileiro é o

---

[88] Guilherme Souza Nucci: “Nosso sistema é “inquisitivo garantista”, enfim, misto. Defender o contrário, classificando-o como acusatório, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação de sua *opinio delicti*, e não haveria de ser parte integrante dosautos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém”(NUCCI, 201, f. 57-58).
Edilson Mougenot Bomfim: "Nossa posição: Em que pese a divergência, fato é que a persecução penal no sistema brasileiro cinde-se em duas partes, configurando-se em sistema misto. A fase investigatória tem, em regra, caráter inquisitivo, a ela não se aplicando todas as garantias inerentes ao processo, porque não é um processo8. Entretanto, é certo que, no âmbito específico do processo penal (subsequente à fase investigatória), a função acusatória é organicamente separada da função

“misto”, argumentando de forma simplória que o inquérito policial estaria atrelado a fase inquisitorial e, com o oferecimento da denúncia estaria se materializando a fase acusatória.

Contudo o entendimento doutrinário acima citado é minoritário, visto que a grande maioria da doutrina[89] nacional não compartilha de tal entendimento, mas sim, admitindo que o sistema processual penal brasileiro está vinculado ao direito constitucional pátrio, o qual por sua vez remete ao sistema acusatório, entretanto, o Código de Processo Penal (CPP), ainda guarda elementos inquisitoriais.

Lopes Júnior sustenta que:

> o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é *misto*, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz (2015, p. 47).

Realizadas essas ponderações acerca dos sistemas processuais penais, é necessário traçar um paralelo com os preceitos legais consignados no Estatuto da Criança e do Adolescente, para que assim, se possa verificar a efetiva proteção processual de sujeito processual do adolescente no procedimento de apuração do ato infracional.

---

decisória9, de modo que, se a persecução penal como um todo pode ser classificada sob o gênero dos sistemas mistos, o processo penal em si – subsequente à investigação – indubitavelmente é “acusatório”. Isto é, configura-se em “verdadeiro” processo penal (acusatório). Claras, portanto, a noção da parte (sistema inquisitório, na primeira; acusatório, na segunda) e do todo (sistema misto, na análise da persecução penal, da fase extrajudicial à judicial) (BONFIM, 2016, p. 81).

[89] Heráclito Mossin: “Atualmente, é defeso ao magistrado provocar sua própria atividade judicante. Em circunstâncias desse matiz, pode-se afirmar que o processo penal pátrio está moldado sob o sistema acusatório puro. Nessa linha de raciocínio, há separação distinta entre órgão acusador e julgador” (MOSSIN, 2010, p. 31).

Nereu José Giacomolli: “A opção constitucional brasileira de 1988 foi pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial. Mantido o debate entre acusatório/inquisitório, verifica-se que o sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitório (ainda encontrado na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciárias). Isso porque o constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal, com todos os seus derivativos explícitos tais como: o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não autoincriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema *ratio*, a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público (GIACOMOLLI, 2016, p. 87).

4.1.3 A perspectiva dos princípios e garantias processuais na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente

O processo penal constitucional proclamado com advento da CF (BRASIL, 1988), é o instrumento de garantias do cidadão face a imputação Estatal, tão logo, a figura de um julgador imparcial é fundamental. Pois, pela temática processual consagrada no texto constitucional de 1988 o ônus da prova para condenar aquele que possui em seu favor a presunção de inocência, deve ser do órgão da acusação (LOPES JR., 2016).

Porém, o processo não pode ser compreendido e contemplado como um mero instrumento de natureza exclusivamente punitiva, pois está ligado a um projeto de viés democrático constitucional, o qual é garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do cidadão em face da atuação estatal (GLOECKNER; LOPES JR., 2014). Portanto, o processo, está além de ser um mero instrumento para servir à aplicação de uma sanção àquele que supostamente violou a norma de conduta social, isso porque, ele também é um instrumento de direitos e garantias ao indivíduo que está sendo acusado de ter violado a norma de conduta social:

> no momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que, diante do poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo, e, posteriormente, da pena. (GLOECKNER; LOPES JR., 2014, p. 47).

A Constituição é a fonte por excelência do reconhecimento da existência de um processo penal democrático, visto que contempla e assegura os direitos e garantais fundamentais. Nas palavras de Costa:

> a relação entre processo e Constituição remete a dois caminhos: no sentido Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional sobre todos os princípios processuais que devem ser respeitados; no sentido processo-Constituição, tem-se a jurisdição constitucional, voltada ao controle constitucional das leis e à preservação das garantias oferecidas pela Constituição (2005, p. 96).

Não diferente é a relação processual democrática que dever ser assegurada e garantida em favor do adolescente que está sendo acusado de cometer um ato infracional, pois, se a Constituição da República reconheceu a doutrina da proteção

integral da criança e do adolescente (BRASIL, 1988, art. 227, *caput*), bem como garantiu a condição de indivíduos em condição de peculiar desenvolvimento (BRASIL, 1988, art. 227, §3 V), é corolário que assegure aqueles sujeitos de direito em desenvolvimento, toda gama de direitos e garantias processual a todo e qualquer cidadão comum.

Assim, ocorrendo à prática de um ato infracional por parte do adolescente, surge o direito do Estado de responsabilizar aquele por tal ato. Entretanto, para se aplicar a medida socioeducativa é necessário obedecer às garantias processuais asseguradas a toda e qualquer pessoa (SHECAIRA, 2014).

O ECA ao corroborar e efetivar a doutrina da proteção integral (art. 4)[90] exteriorizada na CF, contemplou direitos e garantias processuais previstos na CF, tendo o legislador dedicado dois capítulos, do título I, para assegurar tais direitos e garantias:

> Capítulo II
> Dos Direitos Individuais
>
> Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.
> Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.
> Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.
> Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.
> Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.
> Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.
> Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.
>
> Capítulo III
> Das Garantias Processuais
>
> Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.
> Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

---

[90] Art. 4 É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990a).

> I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
> II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
> III - defesa técnica por advogado;
> IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
> V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
> VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (BRASIL, 1990a).

No que tange as garantias processuais elencadas no ECA, essas não são taxativas, logo, podem ser ampliadas, desde que, sejam convenientes para tutela da criança e do adolescente e não vão à contramão dos fundamentos do ECA (FERRANDIN, 2009).

Portanto, considerando a condição de sujeitos de direitos (BRASIL, 1990a, art. 15), dos adolescentes, esses ao menos, em tese, deveriam possuir amplo e irrestrito acesso aos direitos e garantias processuais previstos no texto constitucional.

4.1.3.1 Do princípio do devido processo legal

Nesse contexto de garantias estabelecidas no texto constitucional - as quais também devem ser asseguradas aos adolescentes em conflito com a lei -, a garantia do devido processo legal (art. 5 LIV[91] da CF e art. 110[92] do ECA) é, sem sombra de dúvidas, uma das mais importantes, isso porque, estabelece que somente se pode aplicar uma medida socioeducativa ao adolescente em conflito com a lei, se restar observado o procedimento especial do ECA (BRASIL, 1990a)

Vale destacar que ao adolescente é assegurado o devido processo legal determinado no ECA, bem como, as garantias e direitos previsto no diploma processual penal pátrio, tendo em vista o disposto no art. 152[93] do ECA (BRASIL, 1990a). Outrossim, a regra n. 7[94], das Regras Mínimas das Nações Unidas para

---

[91] Art. 5 [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).
[92] Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (BRASIL, 1990a).
[93] Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente (BRASIL, 1990a).
[94] 7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o

administração da justiça da infância e juventude – Regras de Beijing (ONU, 1985), assegura expressamente a garantia do devido processo legal.

Conforme sustenta Ferrandin “as repercussões deste preceito constitucional são imprescindíveis para um deslinde processual digno e abrangem diversos outros princípios que, isoladamente, não poderiam ser mencionados” (2009, p. 92).

Assim, o princípio do devido processo legal assegura uma dupla proteção ao adolescente em conflito com a lei, visto que possibilita por intermédio de um processo a proteção ao direito à liberdade, bem como, assegura a isonomia de armas frente à acusação Estatal (MORAES, 2002). Na leitura de Liberati:

> isto quer dizer que o direito de castigar que tem o Estado caminha correlatamente com o dever de regulamentar seu proceder dirigido à obtenção da verdade e declarar a respectiva consequência. Estabelece-se, assim, o processo para assegurar aos sujeitos processuais, à vítima, e à sociedade, a realização da justiça, pois o processo não é só garantia para o imputado, mas também, para todos que estão interessados em seu resultado (2006, p. 94).

Deste modo, a atuação estatal somente estará legitimada quando possibilitar ao indivíduo o devido processo legal, contudo, esse o processo legal deve ser àquele reconhecido na CF (Brasil, 1988), ou seja, nos moldes do sistema acusatório, onde cada parte possui sua posição pré-definida no jogo processual (ROSA, 2014). Situação essa ainda não vislumbrada no âmbito infracional, visto que sequência processual prevista no ECA (BRASIL, 1990a), ainda acena com a figura inquisitorial do juiz, para isso, basta observar que o primeiro ato processual após o recebimento da representação é audiência de apresentação, a qual, nada mais é, que próprio interrogatório do adolescente em conflito com a lei.

4.1.3.2 Do princípio da legalidade

O princípio da legalidade insculpido no inciso XXXIX do art. 5 da CF (Brasil, 1988), e também consignado no art. 103[95] c/c art. 112 do ECA (BRASIL, 1990a), dispõe que não haverá intervenção punitiva estatal, caso não exista lei anterior que defina tal fato como crime. Isso significa dizer que, somente existindo uma lei formal

direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior (BRASIL, 1990a).

[95] Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990a).

que estipule uma conduta como crime ou contravenção penal, é que poderá se aplicar uma medida socioeducativa ao adolescente que há violar (SHECAIRA, 2014). Para Costa,

> o princípio da legalidade é o estudo da lei penal em sua natureza essencial. Como já foi visto, trata-se, de um lado, do pressuposto do poder punitivo do Estado e, de outro, do limite ao arbítrio deste poder punitivo. O sistema penal tem como partes, de um lado, o estado, e de outro, a pessoa humana, que requer garantias essências. O princípio da legalidade é o equilíbrio jurídico entre essas duas forças (2005, p. 72).

O aludido princípio foi de fundamental importância para quebrar o paradigma da doutrina da situação irregular, pois, nessa doutrina bastava o adolescente estar em situação de vulnerabilidade/dificuldade que o Estado poderia intervir, ou seja, não existia respeito à legalidade. Assim, aplicava-se de forma indiscriminada o CM, tanto para aqueles que cometessem um fato definido como crime, como também para aqueles que necessitassem de proteção social (COSTA, 2005).

4.1.3.3 Do princípio da humanidade

O texto constitucional brasileiro de 1988 se organizou como um Estado Democrático de Direito, fixando como um de seus sustentáculos basilares o princípio da dignidade da pessoa humana, prenunciado no inciso III, do art. 1 da CF[96] (BRASIL, 1988). Assim, ao menos, em tese, a primeira e primordial preocupação do Estado brasileiro é para com o respeito às mínimas condições de dignidade e humanidade para com o seu cidadão.

No que concerne à criança e ao adolescente o princípio da humanidade está implícito no *caput* do art. 227 da CF, visto que reconhece e assegura com absoluta prioridade o direito à vida, a liberdade e a dignidade, sem que esses sejam ofendidos ou maculados (SHECAIRA, 2015).

O *caput* do art. 227 da CF, também reconheceu expressamente aos adolescentes a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, isso é de fundamental importância, pois às diferenciou e estabeleceu particularidades não

---

[96] Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

asseguradas aos adultos, tais como, a brevidade e excepcionalidade nas medidas socioeducativas de internação. Essas particularidades devem ser compreendidas e observadas diante a personalidade humana em formação do adolescente, o qual está em processo de amadurecimento, sendo que possui uma maior vulnerabilidade a influências externas, logo, o Estado deve reconhecer essa suscetibilidade em face ao adolescente.

Outro importante instrumento legal introduzido em nosso ordenamento jurídico por intermédio do Decreto n. 99710/90, é a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que também faz alusão ao princípio da humanidade em seu art. 37, “a” e “c”[97], demonstrando que tal preocupação está além das fronteiras do Estado Brasileiro (ONU, 1990a). As regras mínimas das Nações Unidas para administração da justiça e da infância e da juventude – Regras de Beijing (ONU, 1985) –, em que pese, não ter força de lei em nosso ordenamento jurídico, possuem influência em nossa legislação, sendo que os itens 17.2[98] e 17.3[99], compactuam para efetivação do princípio da humanidade.

Conforme sustenta Shecaira, “o princípio da humanidade está referido especificamente, quer na Constituição, quer na lei ordinária, em função da relevância atribuída pelo legislador à criança e ao adolescente” (2015, p. 149).

Contudo, a aplicação do aludido princípio no âmbito do processo de apuração do ato infracional, necessita uma implementação efetiva. Pois a matiz inquisitorial permeada no imaginário do julgador juvenil, permite àquele acreditar que sua atuação repressiva irá refletir no futuro de vida do adolescente, fazendo com que esse se transforme após a imposição de uma medida socioeducativa – muita das vezes em meio fechado -, quando na prática tal medida não irá contribuir para socioeducação do adolescente.

_____

[97] Artigo 37
Os Estados Partes zelarão para que:
a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade; [...]
c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais (ONU, 1990a)

[98] 17.2 A pena capital não será imposta por qualquer crime cometido por jovens (ONU, 1985).

[99] 17.3 Os jovens não serão submetidos a penas corporais (ONU,1985).

4.1.3.4 Do princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta está explícito no art. 227, *caput*, e §1 da CF (BRASIL, 1988), bem como, no art. 4[100] e art. 100, parágrafo único, inciso II[101], ambos do ECA (BRASIL, 1990a).

A prioridade absoluta em face da criança e do adolescente é uma determinação do constituinte no sentido que esses sujeitos de direitos deverão priorizados nas ações estatais, tão logo, o constituinte foi preciso ao estabelecer em primeiro lugar a tutela daqueles sujeitos de direitos em face aos demais.

Assim, desde o nascimento, incluindo a infância e a passagem pela adolescência, esses sujeitos de direitos deverão ter prioridade absoluta em relação a outros cidadãos. Conforme exemplifica Amin (2015), caso o administrador esteja em dúvida entre construir uma creche para crianças ou um lar assistencial para idosos, deverá aquele optar em construir uma creche, isso porque, a CF em seu art. 227, estabeleceu a prioridade absoluta à criança e ao adolescente, ao passo que a prioridade em relação aos idosos foi estabelecida mediante legislação infraconstitucional (BRASIL, 2003).

Contudo, essa prioridade não se limite a seara do poder público - que nesse caso engloba o legislativo, executivo e judiciário-, mas também a família, comunidade e a sociedade em geral, sendo que a primeira instituição deve prover o "apoio psicológico, de formação moral, de facilitação e provimento do exercício de direitos e de priorização do menor em sua esfera de ação" (FERRANDIN, 2009, p. 101). Já a comunidade (escola, igreja, bairro e outros), unidade mais próxima e intrínseca as quais crianças e adolescentes estão inseridas, devem resguardar os direitos fundamentais daqueles (AMIN, 2015). Por fim, a sociedade em geral também possui o dever de assegurar as crianças e aos adolescentes os direitos e

---

[100] "Art. 4 É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" (BRASIL, 1988).

[101] "Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]
II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; [...]" (BRASIL, 1990a).

garantais legais, para que assim, esses sujeitos de direitos possam alcançar a vida adulta com o mínimo de dignidade e respeito.

No âmbito processual também é assegurado à prioridade absoluta as crianças e adolescentes, pois conforme reza o §1 do art. 152 do ECA, em se tratando de processo que envolva interesses de crianças e adolescentes os mesmos deverão ter prioridade absoluta (BRASIL, 1990a). Já no procedimento de apuração de ato infracional de adolescente internado provisoriamente, o processo deverá ter um desfecho no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos, conforme expressa previsão do art. 108[102] do ECA, sob pena de constrangimento ilegal[103] e consequentemente soltura do adolescente (BRASIL, 1990a).

A absoluta prioridade em favor da criança e do adolescente também pode ser constatada por intermédio da análise do tipo penal contemplado no art. 235[104] do ECA, o qual imputa o crime aquele que deixar de cumprir os prazos previstos no ECA (BRASIL, 1990a).

Não obstante, a absoluta prioridade no âmbito processual juvenil não deve se resumir a mera celeridade para apurar a responsabilidade do autor do ato infracional, visto que nem sempre a celeridade é tida como companheira da verdade. É preciso ir mais além, o conceito de prioridade absoluta no âmbito de apuração do ato infracional deve ser observado como garantidor dos meios necessários para comprovar a inocência do adolescente em conflito com a lei, pois não é incomum os

---

[102] “Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias” (BRASIL, 1990a).

[103] STJ - HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO MENOR. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. Consoante o disposto no art. 108, parágrafo único, da Lei n.º 8.069/90, a internação preventiva somente pode perdurar pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sendo que o seu elastério constitui, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, constrangimento ilegal, pois "em jogo a liberdade de locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar (artigos 227 e 228 da Constituição Federal)" (STF - HC 93.784/PI, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 23/10/2009). 2. Evidenciada a impossibilidade da permanência da internação preventiva no caso, em que o adolescente encontra-se provisoriamente internado por lapso temporal superior ao legalmente permitido, sem que ter sido julgado. 3. "O excesso verificado “porque irrazoável” revela-se inaceitável (RTJ 187/933-934), ainda mais porque essa situação anômala não foi provocada pelo ora paciente, mas, isso sim, pelo aparelho de Estado" (STF - HC 96.629/PI?reconsideração, decisão monocrática, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/12/2008). 4. Recurso provido, para que seja assegurado ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até a eventual prolação de sentença que determine a aplicação de medida sócio-educativa (RHC 27.268/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010).

[104] “Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena - detenção de seis meses a dois anos” (BRASIL, 1990a).

magistrados indeferirem pleitos probatórios[105] (principalmente prova pericial), quando o adolescente está internado provisoriamente, tudo com o nítido objetivo de se cumprir o prazo processual do art. 108 do ECA, de tal modo mitigando os direitos e garantias processuais do adolescente em conflito com a lei (BRASIL, 1990a).

4.1.3.5 Do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

A adolescência é uma fase da vida de transição da infância para a vida adulta, sendo que nesse processo contínuo de transformações, o indivíduo adolescente está construindo sua própria identidade (JUNQUEIRA, 2014). Santana destaca:

---

[105] TJTO - APELAÇÃO CIVIL – ATO INFRACIONAL – ROUBO – AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPROVADAS - FALTA DE EXAME PARA CONSTATAR DEPENDÊNCIA QUÍMICA - NULIDADE - DESCABIMENTO - MEDIDA SOCIEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO – ADEQUAÇÃO - PRAZO DE AVALIAÇÃO DA MEDIDA – ART. 121, § 2º DO ECA – RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 – A ausência de perícia para constatar o estado de dependência química do adolescente não acarreta nulidade no feito, pois a falta de tal peça não prejudicou sua defesa; 2 - A finalidade da medida sócio educativa é promover a reeducação e a ressocialização do adolescente infrator, convidando-o a uma profunda reflexão acerca da conduta desenvolvida, na expectativa de que ainda possa se tornar pessoa socialmente útil e capaz de se integrar à vida em comunidade, e de respeitar a vida e o patrimônio. 3 - Tratando-se da prática de fato definido como roubo, com concurso de agentes e emprego de arma de fogo, mostra-se cabível e necessária a imposição da medida sócio educativa de internação sem atividades externas. 4 - Impõe-se a manutenção da medida de internação, a ser reavaliada no prazo de seis meses (art. 121, § 2º, do ECA), a fim de que o adolescente tome consciência da reprovabilidade social de sua conduta. 5 - Recurso improvido. Decisão Unânime. (TJ-TO - AC: 50007725120138279100, Relator: JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA).
TJDF - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES. OITIVA DE TESTEMUNHA. JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO APÓS O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ADEQUAÇÃO. DESPROVIMENTO. I Não configura cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, quando o acervo probatório coligido aos autos mostra-se suficiente para a comprovação dos fatos, cabendo ao julgador, destinatário das provas, aferir a necessidade de sua produção. II A jurisprudência de nossos Tribunais tem-se posicionado no sentido de que a juntada do laudo toxicológico definitivo após o término da instrução criminal não constitui nulidade processual, se este apenas ratificou a conclusão do laudo preliminar esclarecendo definitivamente sobre o potencial alucinógeno da droga apreendida. III - Deve ser mantida a condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, se os depoimentos dos policiais em juízo e as circunstâncias do fato demonstram que as porções de drogas apreendidas com o adolescente destinavam-se à difusão ilícita. IV Mostra-se correta a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente que, além de ostentar outras passagens pela Vara da Infância e da Juventude, praticou ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. V Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. Decisão CONHECIDO. REJEITADA A PRELIMINAR. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME. (VARA REGIONAL DE ATOS INFRACIONAIS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO DISTRITO FEDERAL -SAMAMBAIA - 20140910139502 - PROCESSO DE APURACAO DE ATO INFRACIONAL IP 1671/2014 - Acórdão 853687, Relatora Desª. NILSONI DE FREITAS).

> disso é importante ter em vista que o processo de emergência da adolescência encontra ainda hoje trabalhos no sentido de construção de saberes acerca dessa subjetivação. A adolescência suscita questões ao pensamento, sendo uma de suas características a impossibilidade de se reduzir a um conceito, dado o seu imanente sentido de crise, de ruptura, de não se adequar a tentativas de determinação predicativa (2018, p. 59).

Nesse contexto de transformações da criança para o sujeito adulto, é que surge a necessidade de proteção daquela pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, pois a sua identidade está em plena formação e construção.

A Declaração de Genebra de 1924, já reconhecia à necessidade de uma proteção especial a criança, contudo, foi no preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que se consolidou a condição peculiar de desenvolvimento da criança, devido “a sua falta de maturidade física e intelectual, tem a necessidade de proteção e cuidados especiais, notadamente de uma proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento” (LIBERATI, 2006a, p. 70).

O texto Constitucional de 1988, consagrou o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em seu §3, inciso V[106] do art. 227, sendo posteriormente corroborado o aludido princípio nos art. 3[107] e 6[108] do ECA:

> a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento sugere que a criança e o adolescente não conhecem, inteiramente, os seus direitos, não tem condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes de suprir, por si mesmas, as suas necessidades (LIBERATI, 2012, p. 43).

Nesse contexto de vulnerabilidade dos adolescentes é que o ECA (BRASIL, 1990a), surge como importante instrumento processual para assegurar o mínimo de direitos e garantias em um microssistema peculiar ao interesse daquela categoria.

No aspecto processual do procedimento de apuração de ato infracional a condição peculiar de desenvolvimento deveria ser compreendida com importante

---

[106] “Art. 227. [...] §3 [...]
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (BRASIL, 1988).

[107] “Art. 3 A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990a).

[108] “Art. 6 Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (BRASIL, 1990a).

instrumento para evitar discricionariedades que aportam para arbitrariedades, visto que ao adolescente em conflito com a lei deve ser assegurado toda gama processual de direitos e garantais, tendo em vista sua condição peculiar de desenvolvimento. Ademais, a imposição de uma medida socioeducativa sem os direitos e garantias processuais podem gerar consequências na vida futura desse sujeito em formação, tão logo, tais garantias são pilares para rechaçar qualquer discricionariedade que pode culminar em uma ilegalidade.

4.1.3.6 Do princípio do melhor interesse do adolescente

A origem histórica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está vinculada ao direito anglo-saxônico, por intermédio do instituto protetivo do *parens patrie*, pelo qual o Estado delegava para si a guarda dos sujeitos que entendia tecnicamente e juridicamente desprovidos de capacidade, via de regra, menores e loucos (FERRANDIN, 2009).

Na Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 (ONU, 1959), tem-se admitida pela comunidade internacional a necessidade de respeitar o melhor interesse pela criança. O CM de 1979, contemplava em seu art. 5[109], o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, entretanto, esse "melhor interesse" se destinava exclusivamente a crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular, visto que nessa época ainda vigorava a doutrina da situação irregular (AMIN, 2015).

Com o advento da CF, e o reconhecimento doutrina da proteção integral (BRASIL, 1988, art. 227, *caput*), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente alcançou status de pilar da referida doutrina, pois sempre deve ser observado no caso prático o melhor interesse da criança ou do adolescente.

A CIDC, consolidou o princípio da melhor interesse da criança e do adolescente em seu artigo 3. 1[110] (ONU, 1990a). Outro instrumento normativo internacional que admite o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente é as regras mínimas das Nações Unidas para administração da justiça

---

[109] "Art. 5 Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado" (BRASIL, 1988).

[110] "Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança" (ONU, 1990a).

e da infância e da juventude – Regras de Beijing (ONU, 1985) –, que prevê em seu item 1.7, “d”[111], que a medida aplicada ao adolescente deve prevalecer o melhor interesse do adolescente. No entendimento de Shecaira,

> o princípio tem uma configuração genérica e aberta, o que possibilita sua aplicação às diversas situações jurídicas e sociais que se colocam como consequência da variada realidade social que, de antemão, não pode ser prevista totalmente, assim como as modificações que se produzirão ao longo do tempo. Ele é um instrumento informador, de integração e de interpretação, tanto das normas e instituições em que esse interesse aparece tipificado, como das situações e relações da vida corrente afetadas, tanto para detectar conflitos, como para a solução de problemas em que resulta implicado esse interesse (2015, p. 167).

O princípio possui grande relevância na seara do procedimento infracional, visto que proporcionar um papel orientador ao julgador, tendo em vista que conduz aquele aplicar a medida socioeducativa em razão do melhor interesse do adolescente violador do tipo penal. Portanto, o julgador deve utilizar do princípio de forma objetiva em prol do adolescente, e jamais de forma discricionária, visto que a incidência de tal princípio no caso em concreto deve ser objetiva.

No entanto, na prática, o princípio do melhor interesse do adolescente, é por vezes, ainda interpretado conforme a discricionariedade do magistrado, resultando em ofensas a princípios constitucionais já consagrados:

> TJSC - HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. SUSPENSÃO DO IMEDIATO CUMPRIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. NÃO ACOLHIMENTO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO MENORISTA QUE POSSIBILITAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PRECOCE (ART. 100, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. VI, DA LEI N. 8.069/90). ADEMAIS, EFEITO SUSPENSIVO NEGADO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA. (TJ-SC - HC: 40350123720188240000 Itajaí 4035012-37.2018.8.24.0000, Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza, Data de Julgamento: 31/01/2019, Quinta Câmara Criminal) (BRASIL, TJSC, 2019, grifo nosso).

---

[111] “17. Princípios norteadores da decisão judicial o das medidas
17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: [...]
d) o bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos” (ONU, 1985).

Essa discricionariedade na aplicação do princípio do melhor interesse acaba por conduzir em um retrocesso, visto que traz à tona a figura do juiz paternalista que em nome do amor cometia as mais diversas atrocidades em desfavor do adolescente em conflito com a lei.

4.1.3.7 Do princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima na seara infracional está umbilicalmente ligado ao princípio do direito penal como *ultima ratio*, pois quando o Estado intervém na liberdade de um adolescente, está por intervir em um sujeito em desenvolvimento, tão logo, a intervenção deve ser mínima e aliada a um plano específico e individual em prol do melhor interesse do adolescente. Nas palavras de Shecaira:

> o princípio da intervenção mínima na esfera punitiva significa que só deverão castigar as infrações que se considerem mais prejudiciais para a sociedade, aquelas que tenham uma maior relevância social, impondo-se um castigo proporcional à gravidade do delito. Como consequência da formulação desse princípio, o Direito Penal Juvenil tem, por um lado, um caráter fragmentário, que implica dizer que a norma penal unicamente poderá empregar-se para defender bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves. [...] Trata-se, pois, da adoção do princípio da *ultima ratio* (2015, p. 149).

O princípio da intervenção mínima está explícito na CIDC (ONU, 1990a), em seu art. 37, “b”[112], bem como, no art. 227, §3, V[113] da CF (BRASIL, 1988).

O que busca o princípio em análise é a intervenção judicial somente ocorra quando se for necessário e em benefício ao adolescente em conflito com a lei, até porque, a intervenção na esfera individual do adolescente pode acarretar estigmas em sua vida futura (SHECARIA, 2015).

Um importante instituto jurídico para efetivação do princípio da intervenção mínima é a remissão consagrada no art. 126[114] do ECA (BRASIL, 1990a), quando o

---

[112] “Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que: [...]
b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado” (ONU, 1990a).

[113] “Art. 227. [...], §3 [...]
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (BRASIL, 1988).

representante do Ministério Público poderá de forma antecipada, ou seja, antes da instauração do procedimento judicial de apuração do ato infracional, oferecer ao adolescente uma espécie de perdão como forma de exclusão do processo de apuração do ato infracional, todavia, para se confirmar a remissão é necessário que ocorra a homologação pelo magistrado[115]. Outro aspecto importante da remissão é que o adolescente ao aceitar, não estará necessariamente confessando sua culpa do ato infracional lhe imputado, tão logo, não gera reconhecimento de culpa, conforme o teor do art. 127[116] do ECA (BRASIL, 1990a).

Um exemplo do princípio da intervenção mínima é o contido na súmula 492 do STJ, a qual diz que ato infracional de tráfico de drogas não conduz necessariamente à aplicação de uma medida socioeducativa de internação. Constata-se, que o judiciário reconheceu nessa espécie de ato infracional a desnecessidade de aplicar de chofre a medida socioeducativa de internação, mesmo se tratando de crime considerado hediondo (tráfico de drogas), o que presumiria uma intervenção mais rigorosa em face da gravidade, em tese, do delito[117]. Outro

---

[114]"Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional" (BRASIL, 1990a).

[115] "Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação. § 1 Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida. 'A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz' (Súmula 108, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1994, DJ 22/06/1994 p. 16427).

[116] "Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação" (BRASIL, 1990a).

[117] STJ - HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO. RES FURTIVA: BICICLETA AVALIADA EM R$ 100,00. RECUPERAÇÃO DA COISA FURTADA. APLICADA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PELO PERÍODO DE QUINZE DIAS, POR 04 HORAS SEMANAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO (ART. 189, III DO ECA). 1. A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor. Precedentes. 2. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e

exemplo do princípio do princípio da intervenção mínima na seara infracional está atrelado à possibilidade de se reconhecer o princípio da insignificância na conduta infracional, conforme já decidiu o STJ[118].

4.1.3.8 Da defesa técnica

jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 3. No caso em apreço, além de o bem subtraído ter sido recuperado, o montante que representava não afetaria de forma expressiva o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância. 4. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para, aplicando o princípio da insignificância, julgar improcedente a representação, nos termos do art. 189, III do ECA).(STJ - HC: 186728 RS 2010/0181790-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/03/2011, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011). (STJ, 2011, grifo nosso).

[118] TJBA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO DE ATO LEGAL. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ATOS COMETIDOS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. GRAVIDADE ABSTRATA POR SI SO NÃO JUSTIFICA A SEGREGAÇÃO EM MEIO FECHADO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. RECURSO DESPROVIDO. Embora não ignore que os atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo e oposição à execução de ato legal sejam condutas reprováveis, o fato é que não são cometidos com violência e grave ameaça contra pessoa, o que seria de rigor para o acolhimento da internação como medida socioeducativa definitiva nos termos do art. 122, inciso I, do ECA. Entendimento aplicado pela Súmula 492 do STJ in verbis "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente." À luz do princípio da homogeneidade, não se justifica, em regra, decretar a internação provisória motivada pela suposta prática de ato infracional que não possibilita à aplicação de medida socioeducativa definitiva em meio fechado. Ademais, a internação provisória somente se legitima quando houver necessidade imperiosa dessa providência, ex vi, do art. 108 da Lei nº 8069/90. Decorridos oito meses do ato e não havendo risco à ordem pública, nem indicativo de evasão ou prejuízo à instrução processual descabe adotar a segregação provisória. Agravo de instrumento desprovido. (TJ-BA - PET: 00078910920138050000 BA 0007891-09.2013.8.05.0000, Relator: Carlos Roberto Santos Araújo, Data de Julgamento: 19/12/2013, Segunda Camara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 08/01/2014) (BAHIA, 2014, grifo nosso).

Corolário do princípio constitucional da ampla defesa (BRASIL, 1988, art. 5, LV), a garantia processual da plenitude da defesa técnica revelada no art. 111, III do ECA (BRASIL, 1990a), corrobora o disposto no inciso IV, §3 do art. 227 da CF[119] (BRASIL, 1988), quando estabelece que o adolescente submetido ao procedimento de apuração de ato infracional terá o direito a defesa técnica por profissional habilitado. No âmbito internacional importante destacar a regra 15.1[120], das Regras de Beijing (ONU, 1985) –, que também assevera quanto a necessidade da defesa técnica ao adolescente em conflito com a lei.

Entende-se por defesa técnica a figura do advogado, visto que esse, é, o profissional hábil para exercer tal múnus, sendo que sua função essencialidade à justiça é reconhecida pelo próprio constituinte no art. 133[121] da CF (BRASIL, 1988).

Não obstante, o ECA em seu art. 206[122], amplia e evidencia o reconhecimento acerca da garantia processual da defesa técnica por intermédio de um advogado, haja vista, que garante a intervenção do advogado em qualquer procedimento estabelecido no ECA (BRASIL, 1990a). Contudo, na fase judicial do procedimento de apuração ato infracional, o ECA em seu artigo 207 e parágrafos[123], é mais incisivo ao consagrar a imprescindibilidade da atuação da defesa técnica por intermédio do advogado (BRASIL, 1990a).

A defesa técnica prestada por advogado constituído, defensoria pública ou defensor nomeado pelo juízo, deve ser efetiva e garantir a plenitude da defesa sob

---

[119] "Art. 227 [...], § 3. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...]
IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica" (BRASIL, 1988).

[120] "15.1 O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país" (ONU, 1985).

[121] "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (BRASIL, 1988).

[122] "Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça" (BRASIL, 1990a).

[123] "Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.
§ 1º Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.
§ 2º A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato" (BRASIL, 1990a).

pena de nulidade por ausência de defesa[124]. É de fundamental importância que a defesa ao adolescente em conflito com a lei ocorra de forma plena e efetiva, pois está tratando de uma pessoa em desenvolvimento, sendo que uma defesa presta de forma vazia ou genérica poderá acarretar em danos irreparáveis ao adolescente na eventual hipótese de aplicação de uma medida socioeducativa de restrição de liberdade (semi-liberdade ou internação).

Conforme sustenta LIberati:

> foi-se a época em que os adolescentes estavam alijados das garantias processuais constitucionais. O vetusto Código de Menores – Lei 6.697/1979 – não se preocupava com os direitos fundamentais de crianças e adolescentes como hoje, pela nova ordem constitucional, se verifica (2006, p. 111).

A diferença entre as legislações antecedentes ao ECA, é descomunal, pois enquanto no CMM (BRASIL, 1927), e no CM (BRASIL, 1979), se vislumbrava na figura do juiz um "pai/protetor" do adolescente pervertido, o qual deveria ser submetido as medidas impostas por aquele devido ao "amor" que possuía, o ECA

---

[124] TJPA - HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO. NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EM ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO CARACTERIZADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração de nulidade é medida que se impõe, quando o advogado, nomeado para atuar em favor do paciente, menor infrator que responde pela prática de ato infracional análogo ao crime de roubo apresenta alegações finais manifestamente contrárias aos direitos do assistido, evidenciando, às escâncaras, mais do que omissão e contribuindo para que aquele seja condenado sem oportunidade de se defender. 2. Ordem concedida para anular o feito, desde as alegações finais. 3. Decisão unânime. (TJ-PA - HC: 00449268920118140301 BELÉM, Relator: MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, Data de Julgamento: 22/07/2013, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 23/07/2013). (Grifos Nossos). TJSC - HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 - LEI DE DROGAS. ARTIGO 103 DA LEI N. 8.069/1990 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. COMPARECIMENTO DA ADOLESCENTE. NÃO CONSTITUIÇÃO DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE ADVOGADO PARA ACOMPANHAMENTO DO ATO. COLETA DAS DECLARAÇÕES DA REPRESENTADA. INQUIRIÇÃO DESACOMPANHADA DE DEFENSOR. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ARTIGO 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA VERIFICADA. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. "Se o menor foi ouvido na audiência de apresentação desacompanhado de defensor - como no caso dos autos -, resta configurada ofensa aos Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, o que ocasiona a nulidade absoluta do processo, não havendo, portanto, que se falar em prejuízo. Precedentes desta Corte (STJ, HC n. 160.705, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2.8.2011)" (Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.050336-2, de Joinville, Rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 28 de novembro de 2013). (TJ-SC - HC: 20140752425 SC 2014.075242-5 (Acórdão), Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 12/11/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado) (BRASIL, TJSC, 2014, grifo nosso).

(BRASIL, 1990a), reconhece o adolescente como sujeito de direito e lhe garante toda segurança constitucional em relação a ampla defesa.

Essa concepção assegurada pelo ECA (BRASIL, 1990a), como instrumento de garantias processuais ao adolescente em conflito com a lei, foi se aprimorando com o passar do tempo. Um exemplo desse aprimoramento, pode-se, constatar, por meio da interpretação dada pelos tribunais em relação ao disposto 184[125] do ECA (BRASIL, 1990a), que diz respeito à audiência de apresentação, que bem da verdade, nada mais é, que o interrogatório do adolescente que está sendo imputado um ato infracional. Inicialmente, logo após o advento do ECA, muitos Tribunais adotavam o entendimento que ausência de defesa técnica na audiência de apresentação não gerava prejuízo e consequentemente nulidade do ato[126], todavia, com a interpretação do ECA sob as diretrizes constitucionais os Tribunais passaram a reconhecer – acertadamente – que ausência de defesa técnica da audiência de apresentação gerava prejuízo a defesa do adolescente e consequentemente nulidade processual por cerceamento de defesa[127].

O entendimento supramencionado é sem sombra de dúvidas a perfeita adequação ao disposto no § 1[128] do art. 184 do ECA, que dispõem de maneira patente que o adolescente deverá estar acompanhado de advogado (defesa técnica) no ato de sua apresentação ao julgador, para que assim, seja efetivada a garantia

---

[125]"Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo" (BRASIL, 1990a).

[126] TJSP – Menor – Ato Infracional – Porte de entorpecentes – Prestação de serviços à comunidade – Preliminares – Rejeição – Citação Irregular – Inocorrência – Ausência de defensor na audiência de apresentação – Desnecessidade – Inteligência do artigo 186 do ECA – Confissão corroborada por prova testemunhal – Recurso improvido. (ApCiv 69.491-0/4, Mogi Guaçu/SP, rel. Des. Jesus Lofrano, j. 15.1.2001) (BRASIL, TJSP, 2001).

[127] STJ - HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM DECORRÊNCIA DA REALIZAÇÃO DE ATO SEM A PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 1. No caso, o Ministério Público estadual ofereceu remissão ao menor, em ato realizado sem defesa técnica. 2. Assim, ainda que a jurisprudência admita a falta de defesa técnica na oitiva com o Ministério Público, a ausência do defensor na apresentação em Juízo e na sentença homologatória evidencia a ilegalidade, sendo violado o princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para anular a audiência realizada sem a defesa técnica do menor, bem como os demais atos praticados a posteriori. (HC 415.295/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 03/09/2018) (BRASIL, STJ, 2018, grifo nosso).

[128]"Art. 184 [...] § 1. O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado" (BRASIL, 1990a).

processual da ampla defesa e da efetiva defesa técnica (BRASIL, 1990a, art. 111, III).

Deste modo, a plenitude da defesa ao adolescente em conflito com a lei está umbilicalmente ligada à defesa técnica, pois, somente assim se pode efetivar o princípio constitucional da ampla defesa.

4.2 POR UMA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENÇÃO E PROTEÇÃO DA INFÂNCIA

4.2.1 ECA como instrumento de garantias ao adolescente em conflito com a lei ou mais do mesmo?

Após a aprovação do ECA, surgiu uma nova fase, provavelmente a mais complexa de todas, a de dar efetividade a uma legislação que trazia em sua essência o protagonismo infanto-juvenil, algo até então, inimaginável no cenário político-social brasileiro, visto que a criança e o adolescente eram meros objetos que deveriam serem tutelados pelos seus pais e eventualmente pelo próprio Estado quando em situação irregular (LIMA, 2009).

O ECA ao corroborar a doutrina da proteção integral apresentada no texto constitucional de 1988, reconhecendo criança e o adolescente como sujeito de direito, deveria ter dado voz e vida as milhares crianças e adolescente brasileiras, todavia, tal objetivo não é demasiadamente simples de alcançar, pois é preciso quebrar paradigmas, os quais ainda estavam e, estão, presente no imaginário dos atores envolvidos com a questão infanto-juvenil (FERRANDIN, 2009).

O ranço menorista ainda estava presente nos atores (juízes; advogados; promotores; assistentes sociais e outros) que estavam engajados na efetivação da doutrina da proteção integral, não diferente, o próprio ECA ainda traz consigo alguns aspectos controversos com a doutrina da proteção integral.

O ECA (BRASIL, 1990a), ao estabelecer em seus art. 110 e 111 garantias de ordem processual, acolheu, ao menos, aparentemente o sistema processual estabelecido no texto constitucional brasileiro, qual seja, o sistema acusatório. O referido sistema, assim como a doutrina da proteção integral, reconhece o protagonismo das partes, ou seja, cada parte possui uma função delineada no jogo processual, sendo que a acusação cabe acusar, a defesa protagonizar a ampla e irrestrita defesa do réu, e o julgador possui a missão de julgar as provas que lhe

foram apresentadas ao longo da batalha processual executada pelos sujeitos processuais (acusação/defesa).

No entanto, os resquícios menoristas ainda se fazem presentes na efetivação do ECA, pois ainda não ocorreu em sua plenitude a ideia de sujeito de direito do adolescentes em conflito com a lei (SPOSATO, 2013).

Não é raro, ainda nos dias de hoje, o magistrado da Vara da Infância atuar como uma espécie de “tutor” do adolescente que está submetido a sua jurisdição para apuração de um ato infracional, utilizando para isso, de todos os meios imagináveis para atingir o íntimo do adolescente, para que assim, aquele venha se “arrepender” por intermédio de seus “conselhos” e “sermões” acerca da vida desregrada que está vivendo. Essa situação pode ser constata no documentário de Maria Augusta Ramos, intitulado de “Juízo”, onde há a captura de imagens de uma série de audiências de adolescente em conflito com a lei, onde a magistrada Dra. Luciana Fiala[129], aparece interferindo de uma forma muito “peculiar” no decorrer da audiência de apresentação dos adolescentes em conflito com a lei, assim, buscando de toda forma impor sua forma de pensar e aconselhar aqueles adolescentes. O texto transcrito do filme revela:

> [...] Juíza: Ele te chamou pra quê, pra roubar?
> Adolescente: Foi;
> Juíza: E tu foi!
> Juíza: Tá gostando?
> Adolescente: Não.
> Juíza: Como é que um cara te chama pra roubar e tu vai?
> Adolescente: Não, como esse negócio de facção ai, tava morando mais pra lá, é outra coisa.
> Juíza: Se tem facção?
> Adolescente: Não.
> Juíza: Então o quê, que tem facção com a nossa conversa?
> Adolescente: Foi isso que ele falou pra mim.
> Juíza: E você o quê, que tem a ver com facção?
> Adolescente: Nada a ver.
> Juíza: Então você se mete com um cara que chama você para roubar e você vai, garanto que teu pai te educou com muita dificuldade e não foi para você ser ladrão. E aqui você tá bancando o ladrão, porque você não tem o direito de roubar a bicicleta de ninguém.
> Adolescente: Sim, senhora.
> Juíza: Nem bicicleta, nem nada de ninguém; E ai ele deu um tapa no peito da vítima, é isso?
> Adolescente: Acho que foi.

---

[129] À época das gravações do documentário a Dra. Luciana Fiala, era juíza auxiliar da 2ª Vara da Criança e do Adolescente da cidade do Rio de Janeiro/RJ. DisponÍvel em: < https://cultura.estadao.com.br/noticias/cinema,documentario-juizo-traz-debate-sobre-tragedia-sem solucao,139099>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Juíza: Você acha que foi, ou tu tava lá e viu? Como que foi?
Adolescente: Foi na hora do nervoso, ele puxou.
Juíza: E você acabou de sair dirigindo a bicicleta que acabou de ser roubada, é isso?
Adolescente: Ele me ameaçou praticamente.
Juíza: Então ele manda em você? Você deve alguma coisa pra ele?
Adolescente: Não.
Juíza: Então, como é que ele manda e você obedece? É teu pai ele? Se fosse pai ele não te mandava você roubar. Quer dizer eu fico espantada, porque é um menino com saúde graças a Deus, dois braços, duas perna, podia estar fazendo uma coisa lícita. Podia estar lavando um carro, podia estar vendendo uma bala, mas não, tá roubando os outros.
Promotora: Tem família né Doutora, roubar pra quê? Olha a cara do seu pai;
Juíza: É a situação de vexame que faz teu pai passar. Merece, teu pai merece isso?
Adolescente: Não.
Juíza: Mas você fez isso, com esse tal de Alex, que não é companhia pra você, que não serve pra você andar.
Defensor Público: Excelência.
Juíza: Pois não doutor.
Defensor Público: nesse caso consta que ele tem família, que a participação de menor importância, eu iria requerer a liberdade assistida provisória dele. Para que ele responda o processo em liberdade até a próxima audiência.
Juíza: Ok, doutor, em que pese, todos seus argumentos, inclusive da participação de menor importância, isso ainda não foi provado que a participação dele foi de menor importância, nós não ouvimos a vítima, nós não sabemos exatamente qual foi a participação e a autuação dele no evento, essa é a verdade, por enquanto. E o que eu tenho de concreto aqui é que ele já descumpriu um CRIAN, então para ele descumprir outra medida eu não vou testar. Agora, quantos anos você tem?
Adolescente: Dezessete.
Juíza: Eu queria que você olhasse para seu pai, olha para o seu pai, ele tá normal pra você, ele tá bacana, ele ficar assim?
Adolescente: Não.
Juíza: É o que você está fazendo com o seu pai e sua família. Ninguém mais, além de você, está fazendo com seu pai e com sua família. Quer dizer, é a decepção, é o desgosto; não tem nem outra palavra. Você tem dezessete anos, mais um ano você vai para uma vara criminal comum, ai o juiz não vai querer saber se você tem família, vai querer saber se você cometeu o crime. Cometeu o crime, tá provado, ai você vai ganhar uma pena, e é pior, eu posso te garantir que é pior que o padre Severino.
Pai do Adolescente: Sou homem, não sou santo, já fiz muita coisa errada, mas nada que chegasse a esse ponto. A única coisa que eu queria dizer é que a outra vez que a medida dele foi descumprida, foi que tacaram fogo em um rapaz lá, e ele saiu.
Juíza: Mas se ele pulou do CRIAN, porque motivo seja, ele teria que aparecer aqui, se apresentar e justificar.
Pai do Adolescente: Eu trouxe, eu trouxe, eu trouxe ele aqui.
Juíza: Mas isso ai não consta ai, pois é.
Pai do Adolescente: Eu trouxe ele aqui.
Juíza: Mas teria que ter sido apresentado em seguida, porque ele descumpriu a medida, então ele já deve alguma coisa. Você descumpriu, você está devendo alguma coisa.
Adolescente: Sim, senhora.
Juíza: Tá devendo e vai ter que pagar.
Defensor Público: Ele tava em casa, ele estava estudando?
Pai do Adolescente: Tava.
Juíza: Que série?
Pai do Adolescente: quarta.
Juíza: Você está desde 2005, na quarta série?

> Adolescente: Sim, senhora.
> Juíza: Em 2006, você passou para que série?
> Adolescente: Eu não passei não.
> Juíza: Aha não passou. Você tem dezessete anos e ainda está quarta série e tá achando que tá fazendo muito.
> Adolescente: Não, era pra eu tá mais adiantado.
> Juíza: Você tá se unindo com má companhia e tá roubando os outros. Pode ir, tá dispensado eu quero ouvir a vítima.
> Carcereiro: Vamo embora, mão pra trás.
> Juíza: A gente vai marcar a audiência a audiência mais breve possível, os senhores tenham uma boa tarde.
> Pai do Adolescente: Eu me retiro também da sala, senhora?
> Juíza: O senhor também, por gentileza. Uma boa tarde.
> Pai do Adolescente: Tá legal.
> Juíza: Próximo! [...] (YOUTUBE, 2007, 02m47s-06m58s).

Nota-se, que toda gama de direitos e garantias processuais elencadas no ECA (BRASIL, 1990a), e na CF (BRASIL, 1988), são rechaçadas no diálogo supracitado, pois a figura do juiz imparcial e distantes de produzir provas para quaisquer das partes (acusação/defesa), é completamente ignorada, tendo em vista que a magistrada produz a prova para acusação, atuando literalmente como inquisidora nos moldes do arcaico e famigerado sistema inquisitório.

A postura da magistrada foi objeto de questionamento por um internauta, quando a diretora do documentário (Maria Augusta Ramos) e a Dra. Luciana Fiala, participaram de um *chat* realizado pelo portal UOL[130]:

> Pergunta: (04:21:28) lua: Luciana, a senhora não acha que representou o tempo todo?
> Resposta Juíza (04:26:34) Maria Augusta Ramos e Luciana Fiala: lua, todo mundo diz isso. Eu faço audiência exatamente daquele jeito. Não sou atriz e nem quero ser, sou juíza e quero continuar assim. Ali é o meu jeito de ser, são broncas em que me sinto na obrigação de dar. Às vezes tenho que fazer o papel de mãe porque falta tudo, limites, por exemplo. (Luciana). (RODRIGUES, 2012, p. 301/302).

Infelizmente à prática do cotidiano forense das varas de apuração de ato infracional, não fogem do contexto apresentado no documentário JUÍZO (2007), remetendo ainda a figura “paternal” do magistrado, como se tivesse à época do CMM em 1927. Nesse sentido Rodrigues destaca que:

> dentro da dinâmica do julgamento vemos a figura marcante da juíza Luciana Fiala que conduziu com, exceção de um, os julgamentos. No filme fica claro

---

[130] Disponível em: <http://tc.batepapo.uol.com.br/convidados/arquivo/cinema/juiza-e-maria-augusta-ramos-diretora-de-juizo-conversam-sobre-documentario.jhtm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

> o seu papel de questionar os adolescentes e até mesmo o as função moral de lhes “dar broncas”, ironizar suas declarações, assim como aconselhar. A presença de Luciana é tão marcante que o Defensor público torna-se apagado diante das decisões da juíza. No tribunal tudo parece um procedimento burocrático, chama-se o adolescente, a juíza lê os autos do processo, questiona o interno, aplica o “puxão de orelha” e chama o próximo. Há um distanciamento entre os poderes, não somente entre o defensor, a juíza e a promotora como também entre o poder executivo e legislativo (2012, p. 302).

Ademais, o próprio procedimento previsto no ECA (BRASIL, 1990a) para apuração do ato infracional dialoga intimamente com o sistema inquisitório, visto que após a apreensão em flagrante[131] pela autoridade policial e, caso, aquela entenda que se trata de ato infracional de gravidade acentuada ou de repercussão social[132] (discricionariedade do autoridade policial) o auto de apreensão é remetido ao Ministério Público, o qual tomará a termo a oitiva informal[133] do adolescente apreendido. Nota-se, que o adolescente será ouvido “informalmente” perante o representante do Ministério Público, o qual poderá tomar as seguintes medidas (BRASIL, 1990a, art. 180): a) pleitear pelo arquivamento do auto de apreensão; b) conceder remissão; ou c) representar o adolescente perante a autoridade judiciária.

Dos caminhos que o emissário do Ministério Público pode tomar em relação ao adolescente apreendido provisoriamente, chama atenção o fato da ausência da obrigatoriedade da defesa técnica nesse momento, visto que o entendimento majoritário é que tal procedimento é meramente administrativo e não ocorreria prejuízo ao adolescente em conflito com a lei à ausência de defesa técnica[134]. Tal

---

131 “Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente” (BRASIL, 1990a).

132 “Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (BRASIL, 1990a).

133“Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas” (BRASIL, 1990a).

134 TJRS - APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. ROUBO MAJORADO. INÉPCIA DA INICIAL. AUDIÊNCIA REALIZADA NA PROMOTORIA DE JUSTIÇA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRAZO DE 24 HORAS PARA APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUTORIA COMPROVADA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE. 1. A representação contém o breve resumo dos fatos, a classificação dos atos infracionais e o rol de testemunhas, atendendo, assim, ao disposto no art. 182, § 1º, do ECA. Preliminar de

entendimento vai justamente contramão aos princípios basilares do ECA (BRASIL, 1990a), visto que o adolescente como sujeito de direitos e em fase peculiar de desenvolvimento necessitaria de uma atuação preliminar na defesa de seus direitos, até porque, caso o representante do Ministério Público entenda em não arquivar ou conceder a remissão ao adolescente, será ele próprio que irá oferecer a representação[135] em desfavor do adolescente, ou seja, ele já terá ouvido o adolescente previamente e sem a presença do defensor do mesmo, restando novamente presente os resquícios do sistema inquisitório no procedimento de apuração do ato infracional, bem como o desrespeito ao princípio constitucional do contraditório.

Seguindo o trâmite processual do procedimento de apuração do ato infracional de adolescente apreendido em flagrante, após o oferecimento da representação pelo Ministério Público, o juiz responsável pela instrução probatória decidirá acerca da manutenção ou não da medida drástica da internação do

---

inépcia da representação rejeitada. 2. A audiência de oitiva informal do adolescente perante o Ministério Público tem natureza de procedimento administrativo, oportunidade em que, diante da notícia da prática de um ato infracional pelo menor, o titular da ação socioeducativa reunirá elementos de convicção suficientes para decidir acerca da conveniência da representação, do oferecimento da proposta de remissão ou do pedido de arquivamento do processo, mostrando-se prescindível a presença de defesa técnica. Inocorrência de cerceamento de defesa. 3. A mera inobservância da ordem descrita no art. 226 do CPP não significa ter havido induzimento no ato de reconhecimento, servindo este como meio idôneo de prova, mesmo porque os representados foram reconhecidos na fase investigativa e na fase judicial. Preservadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório na fase judicial, não há falar em nulidade processual. 4. Ausente demonstração de qualquer prejuízo à defesa técnica diante da abertura do prazo de 24 horas à apresentação dos memoriais. Inocorrência de cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. 5. A prática pelos adolescentes das condutas descritas no art. 157, § 2º, II, e no art. 157, § 2º, II, na forma do art. 14, II, todos do CP, está comprovada pelos elementos informativos colhidos na fase investigativa e pelas provas produzidas durante a instrução processual. 6. A medida adequada à espécie é a de internação, com fundamento no art. 122, I, do ECA, porque os atos infracionais são de natureza grave, praticados mediante violência e grave ameaça à pessoa. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70079177101, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/12/2018). (TJ-RS - AC: 70079177101 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 06/12/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2018) (BRASIL, TJRS, 2018, grifo nosso).

[135]"Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade" CBRASIL, 1990a).

adolescente[136], caso mantenha o adolescente apreendido, será determinará a citação daquele e a intimação de seus pais para comparecer audiência de apresentação acompanhado de advogado[137].

Constata-se, que somente após o recebimento da representação em desfavor do adolescente, é que esse terá o efetivo direito de exercer sua defesa por intermédio de profissional técnico habilitado, isso porque, nos procedimentos da fase policial e administrativa (oitiva informal MP) o adolescente possui a mera faculdade de estar acompanhado de advogado. Deste modo, pode-se concluir que na fase policial e administrativa, a defesa do adolescente, via de regra, se resume a autotutela:

> isso porque, com o recebimento da representação, dá-se início à ação socioeducativa – na qual é atribuída ao adolescente a prática de conduta antissocial – o que poderá lhe trazer os efeitos aflitivos da imposição de medida socioeducativa, sendo, dessa forma, indispensável o acesso às garantais da ampla defesa e do contraditório em todas as fases do processo (MORAES; RAMOS, 2015, p. 1041-1042).

A audiência de apresentação é um caso aparte no procedimento da apuração do ato infracional, isso porque, o referido ato processual é um típico exemplo que o sistema inquisitorial ainda está mais presente do que nunca, isso porque, além do fato do julgador primeiro ouvir o adolescente, antes mesmo da produção de prova, aquele atua como inquisitor em relação ao adolescente, pois somente após a sua inquirição, é que dada a palavra ao MP e posteriormente à defesa do adolescente.

À audiência de apresentação nos moldes que hoje ocorre, está totalmente inadequada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois ao determinar a apresentação do adolescente como primeiro ato processual da apuração do ato infracional, está lhe expondo a total desvantagem processual. Pois, até aquele dado momento existem apenas indícios de provas da fase policial e da oitiva informal perante ao MP, ou seja, o adolescente será ouvido antes mesmo do representante do MP ter produzido qualquer prova em seu desfavor, sendo certo que na hipótese

---

[136]"Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo" (BRASIL, 1990a).

[137] "Art. 184. [...] § 1. O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado" (BTASIL, 1990a).

de confissão do adolescente, estaria possibilitando quase que na totalidade a procedência da representação ministerial.

Deste modo, para o reconhecimento efetivo do sistema acusatório e das demais garantais processuais do adolescente em conflito com a lei, se faz necessária à adoção do rito processual estabelecido por intermédio da reforma processual do CPP de 2008 (Lei n. 11719/2008), onde o interrogatório do acusado passou a ser o último ato da instrução criminal, de tal modo, possibilitando a ampla produção de prova entre acusação e defesa, para que somente assim, após a colheita de provas, é que seja interrogado aquele que está sendo imputada a prática delituosa.

Contudo, no procedimento de apuração do ato infracional ainda não ocorreu tal mudança em relação à audiência de apresentação, pois essa continua sendo o primeiro ato processual do aludido procedimento, restando manifesto o prejuízo à ampla defesa do adolescente, o qual muitas das vezes se sente compelido até mesmo a confessar, para que assim, seja possível a revogação de sua internação provisória.

Vale destacar que o ECA em seu art. 152[138] (BRASIL, 1990a), fez expressa previsão acerca da possibilidade de utilização normas gerais previstas em legislação processual pertinente, no caso em análise, seria a possibilidade da utilização do CPP (BRASIL, 2008), implementando o ato de interrogar o adolescente somente após a toda colheita de prova, para que assim, se efetivasse o princípios do contraditório e da ampla defesa e prestigiasse o sistema acusatório no procedimento de apuração do ato infracional.

Desta maneira, a prática forense ainda aponta para ausência de um sistema acusatório no âmbito da apuração do ato infracional, pois, mesmo com todo aparato jurídico contemplado em favor da criança e do adolescente após a CF (BRASIL,1988), e ECA (BRASIL, 1990a), o adolescente em conflito com a lei é tido como jovem desvirtuado que poderá ser “salvo” pela intervenção mais enérgica do judiciário.

---

[138]“Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente” (BRASIL, 1990a).

4.2.2 Da necessidade de se efetivar o sistema acusatório no procedimento infracional para que possa servir como instrumento de políticas públicas

No âmbito da apuração do ato infracional, a espera pelo ECA (BRASIL, 1990a), era mais comemorada, tendo em vista que o novo diploma legal prometia a ruptura do modelo menorista/punitivista, para um modelo de responsabilização, com as devidas peculiaridades ao seu público (em condição peculiar de desenvolvimento), e principalmente sem a intervenção arbitrária e desleal por parte do Estado. Alerta Ferradin,

> contudo, nada obstante a expectativa oriunda com a entrada em vigor do Estatuto e as observações positivas de inúmeros estudiosos referente à garantia de direitos, que se percebe, no meio jurídico prático, é que pouco tem sido aplicado na concretude dos casos e que algumas exegeses garantistas e ‘conforme a Constituição deixam de ser observadas (2009, p. 49).

O ponto nevrálgico do ECA (BRASIL, 1990a), em relação ao procedimento de apuração do ato infracional, está intimamente ligado aos operadores do direito, pois a cisão existente entre aqueles que reconhecem um direito penal juvenil e aqueles que refutam a tese do direito penal juvenil, acabam por criar uma lacuna que é utilizada muitas das vezes em desfavor do adolescente submetido ao procedimento de apuração do ato infracional, pois permitem mitigar direitos e garantias em nome de uma pseudo proteção na vida do adolescente, tão logo, reativando o ativismo judicial, e fazendo com que o magistrado acredite que atuando de maneira mais enérgica - diga-se, aplicando medidas socioeducativas de cunho mais restritivo-, estaria protegendo e evitando que o adolescente em conflito com a lei, se torna-se um eventual delinquente no futuro.

O discurso supracitado é exatamente aquele insculpido no imaginário do magistrado do CMM (BRASIL, 1927), e do CM (BRASIL, 1979), o qual em nome do amor era capaz de cometer as maiores atrocidades em desfavor do adolescente violador das regras de convívio social. Ocorre que o aludido discurso vai exatamente à contramão dos princípios basilares da doutrina da proteção integral, qual seja, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Uma forma de impor limites a esse ativismo judicial, seria justamente mediante a implementação efetiva do sistema acusatório no procedimento judicial de

apuração do ato infracional, visto que o magistrado iria se ater, tão somente, a discussão do cometimento ou não do ato infracional pelo adolescente no caso em concreto, deixando a cargo da acusação e da defesa apresentarem as provas e argumentos para lhe convencer.

Ao efetivar o sistema acusatório no âmbito infracional, com a distribuição de função de cada sujeito processual, ou seja, uma parte acusadora, outra parte incumbida de realizar a defesa, e por fim, um juiz imparcial o qual deve receber as provas produzidas ao longo da marcha processual (LOPES JR., 2015), teria uma dinâmica justa e adequada aos preceitos garantistas conhecidos ao adolescente em conflito com a lei.

Até porque, o cunho pedagógico atribuído à medida socioeducativa não é de competência do magistrado, pois a implementação desse atributo pedagógico será concretizado no momento da execução da medida socioeducativa (SARAIVA, 2009).

Partindo da ideia que a medida socioeducativa possui natureza punitiva, não mais convincente, que o exercício factual do sistema acusatório na apuração do ato infracional irá consolidar uma política pública equitativa que irá contribuir para o equilíbrio processual entre acusação e defesa, inserindo o julgador a sua real atribuição de julgar as provas que foram produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa na esfera judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação procurou refletir sobre a desmitificação da figura paternal e central do magistrado no procedimento de apuração do ato infracional, o qual ainda se encontra enraizado no modelo do julgador do CMM (BRASIL, 1927). Para assim, indicar a necessidade da implementação da doutrina da proteção integral respaldada na CF (BRASIL,1988), bem como, nos princípios apresentados no ECA (BRASIL, 1990a), de modo que, seja verdadeiramente reconhecido e aplicado o sistema acusatório no âmbito de apuração do processo infracional.

Para tal pesquisa buscou no primeiro capítulo demonstrar a discricionariedade concebida ao julgador no CMM (BRASIL, 1927), que adotando critérios higienistas e assistencialistas dispunha de total liberalidade no âmbito processual para promover a intervenção naqueles menores abandonados/delinquentes, os quais eram considerados pela grande massa da sociedade meros objetos de intervenção do direito.

Também foi objeto do primeiro capítulo analisar as tentativas do Estado brasileiro em solucionar a questão dos menores (SAM e FUNABEM), as quais não passaram de meras tentativas que impulsionaram a retórica da repressão como instrumento para solucionar a problemática do cometimento de delitos por parte de adolescentes. Essa retórica fundamentou a concepção do CM (BRASIL, 1979), o qual adotou e efetivou a doutrina da situação irregular.

Finalizando os estudos da seção inicial foi apresentado os instrumentos internacionais que romperam a ideia ultrapassada da doutrina da situação irregular, e que culminaram para adoção de uma nova perspectiva para às crianças e adolescentes brasileiros, qual seja, a doutrina da proteção integral.

A segunda seção da pesquisa se voltou a apontar a ruptura da doutrina da situação irregular, a qual se deu por conta da admissão da doutrina da proteção integral. A doutrina da proteção integral foi fruto da persistência de movimentos sociais, destaque para o MNMMR, que proporcionou as crianças e adolescentes serem vistos e terem voz ativa na constituinte, sendo que após intensos debates no Congresso Nacional, foi promulgada a Constituição da República de 1988, que conheceu expressamente a doutrina da proteção em face das crianças e adolescentes (BRASIL, 1988, art. 227, *caput)*. No entanto, a doutrina da proteção integral teve no ECA (BRASIL, 1990a), seu reconhecimento pleno, visto que

consagrou em seu texto uma série de direitos e garantias ao adolescente, inclusive concebendo uma forma diferenciada de reconhecer aquele adolescente que viesse infringir um tipo penal, de tal sorte responsabilizando de forma diferenciada. O fato é, que essa responsabilização de forma diferenciada não deixa de possuir um caráter punitivo, visto que ao final é aplicada uma medida socioeducativa, a qual na sua essência possui um caráter educativo, todavia, na prática não deixa de ser uma punição ao adolescente violador da norma penal.

Por derradeiro na terceira seção, buscou-se demonstrar a necessidade da implementação do sistema acusatório no procedimento de apuração do ato infracional como facilitador da política pública de defesa que pode o compor o equilíbrio entre os sujeitos processuais, assegurando ao adolescente em conflito com a lei um julgador imparcial e, principalmente distante daquele magistrado discricionário contemplado no CMM (BRASIL, 1927). Para isso, foram apresentados os sistemas processuais penais e a compatibilidade do sistema acusatório com o texto constitucional brasileiro, levando em conta que o processo penal, assim como o processo de apuração de ato infracional do adolescente em conflito com a lei, deve ser visto como garantia em face a possível interferência estatal na liberdade, no caso do ECA (BRASIL, 1990a), se atente que está tratando da liberdade daquele sujeito em peculiar estágio de desenvolvimento. Para demonstrar a necessidade da efetivação do sistema acusatório na seara infracional, foram apontados os principais princípios previstos na CF (1988), e no ECA (BRASIL, 1990a). Contudo, tais princípios, por muito das vezes, não são respeitos no decorrer da apuração do procedimento infracional, visto que diante a ausência de um sistema acusatório efetivo o julgador, chama para si, a responsabilidade de “curar” aquele adolescente violador da norma, tão logo, assim como o magistrado Mello de Matos, acaba por cometer as mais diversas atrocidades em nome do amor que supostamente preza pelo adolescente em conflito com a lei.

A pesquisa demonstra que o sistema acusatório no âmbito infracional é uma realidade ainda distante, pois apesar de toda roupagem da doutrina da proteção integral; prioridade absoluta; sujeito de direitos; o adolescente submetido ao procedimento de apuração de ato infracional ainda se encontra desamparado e a mercê da benevolência de seu julgador, o qual em nome do amor pode entender e conceber a maior de todas as restrições, qual seja, a restrição de sua liberdade, sem que aquele tenha o direito de um processo democrático onde cada parte tenha sua

atuação definida, conforme os moldes do sistema acusatório.

Ao final da pesquisa, ora apresentada, espera-se ter contribuído para reflexão crítica em relação à adoção do sistema acusatório no procedimento de apuração do ato infracional, pois já é passado da hora do adolescente ser reconhecido como sujeito de direito processual, e não um mero coadjuvante processual, que terá sua vida julgada por amor e compaixão. Já é igualmente passado da hora de romper os paradigmas do início do século XX, pois o magistrado da era de Melo de Mattos ficou no passado, e agora é hora de reconhecer uma política pública de defesa e equilíbrio na relação processual, onde o adolescente em conflito com a lei possa ter a efetiva voz em juízo.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de Crianças no Brasil. *In*: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, v. 1, n. 1, p. 47-69, 2009. Disponível em: <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/187/174>. Acesso em: 04 nov. 2018.

BARATTA, Alessandro. A democracia e os direitos da criança. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, n. 8, p. 3-11. 2013. Disponível em: <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/220/206>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BECHER, Franciele. Os “menores” e a FUNABEM: influências da ditadura civil-militar brasileira. **Anais** do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH. São Paulo, julho 2011. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300846619_ARQUIVO_FrancieleBecher-SimposioANPUH.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** V. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. *In*: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (orgs.). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Nova ed. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOEIRA, Daniel Alves. Menoridade em pauta em tempos de ditadura a CPI do Menor (Brasil, 1975-1 976), **Revista Angelus Novus,** USP, a. V, n. 8, p. 179-198, 2014. Disponível em:

<http://www.usp.br/ran/ojs/index.php/angelusnovus/article/view/303>. Acesso em: 10 out. 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888. **Lei Áurea**. Rio de Janeiro: Paço do Senado, 13/05/1888. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/385454>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto n. 847, de 11 outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 145, de 11 julho de 1893**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html>. Acesso em: 06 out 2017. Acesso em: 06 out. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 4.753, de 28 de janeiro de 1903**. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4753-28-janeiro-1903-502809-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 out. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 6.994, de 19 de junho de 1908**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6994-19-junho-1908-518089-republicacao-104336-pe.htmlm>. Acesso em: 06 out. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 16.272, 20 de dezembro de 1923**. 1923a Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 16.273, 20 de dezembro de 1923**.1923b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16273impressao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 16.388, 17 de fevereiro de 1924**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16388-27-fevereiro-1924-518280-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 5.083, 01 de dezembro de 1926**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL5083impressao.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.html>. Acesso em: 04 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 3.799, de 5 de novembro de 1941. Transforma o Instituto Sete de Setembro, em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. **D. O. U**. Seção 1, 11/11/1941, p. 21338. 1941a. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 1941b. Dispo nível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 18 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 6.865, de 11 de setembro de 1944. Redefine a competência do serviço de assistência a menores, cria e transforma funções gratificadas e dá outras providências. **D. O. U.** Seção 1, 13/9/1944, p. 15881. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6865-11-setembro-1944-386457-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.513, de 1° de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 193, de 1989**. 1989a. Estatuto da Criança e do Adolescente. ECA. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29333>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei n. 1506 de 1989.** 1989b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192974>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5172 de 1990**. 1990b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C8F51EF135ABAB4B5D95C1F95AF7790.proposicoesWebExterno2?codteor=1147651&filename=Dossie+-PL+5172/1990>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. **Diário Congresso Nacional**, n. 60, 1990. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN1990.pdf#page=44. Acesso em: 01 fev. 2019.
BRASIL. **Diário Congresso Nacional**, n. 78, 1990. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29JUN1990.pdf#page=83. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. ECA. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.html>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: R. Esp. 241477/SP 1999/0112703-3. Rel. Ministro Felix Fischer. **STJ**, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199901127033&dt_publicacao=14-08-2000&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **D. O. U.** de 3.10.2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 002 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos. **D. O. U.** de 23.6.2008. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 8 jan. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. D. O. U. de 4.8.2009 e retificado no **D. O. U.** de 2.9.2009. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. STJ. HABEAS CORPUS: 186728 RS 2010/0181790-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. **STJ**, 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1042089&num_registro=201001817904&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC. Habeas Corpus: 2014.075242-5, Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. **TJSC**, 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso

em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. **D. O. U.** de 9.3.2016. Disponível em; < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC. APELAÇÃO: n. 0005870-98.2015.8.24.0020. Rel. Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. **TJSC**, 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. STJ. HABEAS CORPUS: HC 415295/DF 2017/0228353-7, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. **STJ**, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85197920&num_registro=201702283537&data=20180903&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: R. Esp. 1694248/RJ 2017/0227763-3. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **STJ**, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83121906&num_registro=201702277633&data=20180515&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. TJRS. Apelação Cível: n° 70079177101, Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657130109/apelacao-civel-ac-70079177101-rs/inteiro-teor-657130135?ref=serp>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC. Habeas Corpus Criminal: n. 4035012-37.2018.8.24.0000. Rel. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza. **TJSC**, 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Programa da cadeira do direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORDEIRO, Andréa. SOUZA, de Gizele. Os primeiros Congressos Americanos da Criança e a pan-americanização dos debates sobre s infância (1916 a 1922), **Revista Tempo e Argumento**, v. 07, n. 14, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180307142015005/4

266>. Acesso em: 17 set. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA JR., Paulo José da.; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, n. 0, p. 163-198, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 26 dez. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente marcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em: 25 out. 2018.

DIGÁCOMO, 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.

DIMENSTEIN, Gilberto. **A guerra dos meninos**: assassinatos de menores no Brasil. Brasiliense: São Paulo, 1990.

DINIZ, Célia Regina. **Metodologia científica**. Campina Grande; Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.

ESTEVES, João Amorim. Segurança coletiva. Protocolos, tratados e relações internacionais. **Revista Lusíada**. Política Internacional e Segurança, n. 12, p.167-207, 2015. Disponível em: < http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lpis/article/download/2271/pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**: aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCALT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org. e trad. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES, JR. Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOHN, Maria da Glória. 500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. **Rev. Mediações**, Londrina, v. 5, n. 1, p. 11-40, jan./jun. 2000. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/9194/7788>. Acesso em: 21 ago. 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Maurício Neves de. **Adolescente em conflito com a lei**: prevenção e proteção integral. Campinas: Servanda, 2006. 223 p.

JOÃO PAULO II. **Santo Domingo**: conclusões. IV Conferência do Episcopado Latino-americano. Nova evangelização, promoção humana e cultura cristã. Bogotá, 12 a 28 de outubro de 1992. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1992. 261p.

JUÍZO. Direção: Maria Augusto Ramos, Produção Diler Trindade, 2007. 1h30m20s. **Youtube**, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UymNRVuilnA&has_verified=1>. Acesso em: 06 fev. 2019.

KHALED JR., Salah H. A **busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEMOS, Cleide de Oliveira. Crianças e adolescentes: a constituição de novos sujeitos de direitos. *In*: DANTAS, Bruno et al. (org.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Os Cidadãos na Carta Cidadã. Volume V. Brasília: Senado, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. p. 493-543.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006a.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006b.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional, medida socioeducativa é pena?** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Cezar Bueno de. **Jovens em conflito com a lei**: liberdade assistida e vidas interrompidas. Londrina: EDUEL, 2009.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACEDO, Maria Joacineide de; BRITO, Suerde Miranda de Oliveira. A luta pela cidadania dos meninos do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua: uma ideologia reconstrutora. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 511-522, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000300010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

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

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 3. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Resolução CNJ n. 213 (audiência de custódia) e as Leis n. 13.245, 13.256, 13.257, 13.260, 13.285 e 13.344, de 2016. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARIANO, Carmem Lúcia Sussel; ROSEMBERG, Fúlvia. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. Angela Tijiwa. São Paulo: Hucitee/Instituto Ayrton Senna, 1998.

MÉNDEZ, Emilio García. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, n. 8, p. 1-22. 2013. Disponível em: <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/223/209>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

MINGST, Karen A.; ARREGUÍN-TOFT, Ivan M. **Princípios de Relações Internacionais**. 6. ed. Trad. Cristina de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bianca Mota; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo.

Barueri: Manole, 2010.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ONUBR. **Com adesão do Sudão do Sul, apenas EUA não ratificaram Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 04/05/2015.Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-com-adesao-do-sudao-do-sul-apenas-eua-nao-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-criancas/>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil - **Regras de Beijing**. Recomendadas no 7.º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão em 26.08 a 06.09.85 e adotada pela Assembléia Geral em 29.11.85.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Convenção Internacional dos Direitos das Crianças**. Aprovada na Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, na cidade de Nova York, por intermédio da Resolução 44/25 (XLIV), ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. 1990a. Disponível em: < https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil** (Princípios Orientadores de Riad). Adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/112, de 14 de Dezembro de 1990. 1990b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Regras mínimas das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade** (Regras de Tóquio). Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990. 1990c.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. 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.

PEREIRA, Antonio. A Educação no Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR): a contribuição do Projeto Axé na legitimação da pedagogia social de rua. **Educação em Revista**, Marília, v. 12, n. 2, p. 125-144, jul./dez., 2011. Disponível: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/educacaoemrevista/article/view/2491/2028>. Acesso em: 21 ago. 2018.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Rio

de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 08 set. 2017.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RIZZINI, Irene**. O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RIZZINI, Irma. **Assistência à Infância no Brasil**: uma análise de sua construção, Rio de Janeiro: Universitária Santa Úrsula, 1993.

RIZZINI, Irma. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. *In*: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A Arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2° ed. rev., São Paulo: Cortez, 2009.

RODRIGUES, Jessica Ferreira. Filme Juízo: As fronteiras entre o real e o ficcional nos documentários. **INTRATEXTOS**, Rio de Janeiro, p. 298-303, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/download/2079/3370>. Acesso em: 06 fev. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. 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.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTANA, Eder Fernandes. **Minha vida estava em jogo**: paisagem testemunhal de escuta e voz nua em audiência socioeducativa. Belo Horizonte: D´ Plácido, 2018.

SARAIVA, João Batista Costa. 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.

SARAIVA, João Batista Costa. Não à Redução da Idade Penal. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 09 Jul. 2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3871-nao-a-reducao-da-idade-penal>. Acesso em: 07 fev. 2019.

SAUT, Roberto Diniz. O direito da Criança e do Adolescente e sua proteção pela rede de garantias. **Revista Jurídica CCJ/FURB**, v. 11, n. 21, p. 45-73, jan./jun. 2007.

SILVA, Antônio Fernando Amaral da. O estatuto da criança e do adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

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

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

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescente**: elementos para uma teoria garantista. 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**, 2011, 227 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito. Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.

SOUZA, Tainara de Jesus. O Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua e a Conquista dos Direitos: o marco do Movimento Social em prol da garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. **Anais** III Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais, Belo Horizonte, Junho de 2013. Disponível em: <http://www.cressmg.org.br/arquivos/simposio/O%20MOVIMENTO%20NACIONAL%20DE%20MENINOS%20E%20MENINAS%20DE%20RUA%20E%20A%20CONQUISTA%20DOS%20DIREITOS.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

TORNAGHI, Helio Basto. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Sistema de justiça da infância e da juventude: Construindo a cidadania e não a punição. **Revista Sequência** – Estudos Jurídicos e Políticos, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFSC, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 103-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15186>. Acesso em: 19 jul. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out 2018.

VOGEL, Arno. Do estado ao estatuto. Proposta e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. *In*: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. rev., São Paulo: Cortez, 2009.

ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO N. 193/89

JUSTIFICATIVA

A criança é a nossa mais rica matéria prima. Abandoná-Ia a sua própria sorte ou desassistí-Ia em suas necessidades de proteção e amparo é crime de lesa-pátria "Tancredo Neves".

Essas palavras de Tancredo Neves, escritas quando governava Minas Gerais, prefiguraram o espírito que viria a animar o maior movimento de massas e a maior mobilização de esperança da nossa História - - a campanha das "diretas- já", que galvanizou a cidadania após mais de duas décadas de eclipse das liberdades públicas e das instituições democráticas em nosso País.

Com a partida do grande estadista, seguida do agravamento das crises em praticamente todos os setores da vida nacional, um dos mais graves "deficits" que passamos a contabilizar é o chamado "déficit de esperança" que hoje depaupera nossa energia cívica e desmobiliza e dispersa o nosso povo.

Contudo, a chama da esperança nunca se apagou de todo em nossa terra. Um dos mais eloquentes exemplo disso é o ocorrido na área dos que vêm lutando pela promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, eis que temos hoje um avançado capítulo sobre esses direitos na nova Constituição. Ele resultou da fusão de duas emendas populares que trouxeram ao Congresso as assinaturas de quase duzentos mil eleitores de todo o país, e de mais de um milhão e duzentos mil cidadãos - criança e cidadãos-adolescentes, numa mobilização inédita da sociedade, envolvendo milhares e milhares de crianças e jovens, no Congresso e em várias capitais. Essa verdadeira "revoada cívica" tornou possível a criação de uma vontade nacional coletiva em torno da questão, expressada pelos Constituintes na significativa votação final de 435 votos contra 8 que consagrou o novo direito da criança e do adolescente. Essa votação caracterizou um dos mais amplos e profundos compromissos do nosso povo Nação com o seu futuro.

O texto que ora temos a honra d e apresentar assenta a raiz do seu sentido e o suporte de sua significação em três vertentes que raras vezes se entre laçaram com tanta felicidade em nossa história legislativa, Ele emerge do encontros inérgico de pessoas e de instituições governamentais e não - governamentais representativas da prática social mais compromissada com a nossa infância e juventude, do mais só lido conhecimento científico na área e finalmente da luz da melhor e mais consistente doutrina jurídica.

Na elaboração desta proposta legislativa trabalharam diretamente, a partir de outubro passado: um competente e dedicado grupo de juristas; abnegados representantes de entidades não -governamentais de defesa dos direitos da criança e do adolescente, articulados no Fórum DCA; a assessoria jurídica da Presidência da Funabem. Foram importantes ainda as contribuições de pessoas das mais diversas competências e instituições em todo o País.

Sem negar a generosidade e a vontade de acertar de todos os esforços que redundaram no arcabouço legal pré-Constituição de 1938 o antigo Código Melo Matos, outras leis e decretos-leis, o atual Código de Menores, Lei 6,697/79, e a Lei 4.513 /64, que definiu a "política nacional de bem-estar do menor" -- é forçoso reconhecer que sua conjunção, condicionada pelo contexto político-institucional do último quarto de século, redundou no agravamento e na generalização da degradação pessoal e social de milhões de crianças e jovens brasileiros. Isso se deveu a uma legislação e uma política cuja essência revelou ser o controle social e a

criminalização da pobreza, materializados no "círculo perverso" da institucionalização compulsória: apreensão ou abandono-triagem-rotulação-deportação-confinamento em instituições totais despersonalizadoras e embrutecedoras.

É triste admitir ter sido esse indesejado resultado a negaça o completa dos elevados ideais humanistas de brasileiros do porte de Milton Campos, Prado Kelly, Maria Celeste Flores da Cunha, Odilo Costa Filho, Eduardo Bartlett James e tantos outros, e de juristas da estatura do pioneiro Melo Matos e daqueles que renovaram a legislação em 1979 (alterando aliás projeto original do preclaro Senador Nelson Carneiro, hoje Presidente desta Casa, o qual foi mutilado em sua característica essencial que era, desde o primeiro artigo, tornar a criança e o adolescente sujeitos de direitos), entre os quais cumpre destacar as figuras de Cavalcanti de Gusmão, Alyrio Cavalieri e outros da mesma envergadura no campo da ciência jurídica.

O novo paradigma jurídico e de atendimento de direitos representado pelo presente projeto de Estatuto não nasceu exclusivamente da vontade e da competência, ainda que bem intencionada, de um seleto grupo de menoristas, Ao contrário, ele tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudanças em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas judiciais -- e não em sujeitos de direitos -- rotulando-os por uma conitualização estigmatizante que em lugar de propiciar o "bem-estar" dos marginalizados perseguia de fato, e sistematicamente, "a segurança e o desenvolvimento" das estruturas marginalizadoras.

Este Projeto de ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, que regulamenta o novo direito constitucional de mais da metade da população brasileira, significa uma verdadeira "revolução copernicana: ao contrário da legislação ainda vigente, porém já inconstitucional, ele se sustenta sobre dois pilares básicos a concepção da criança e do adolescente como SUJEITOS DE DIREITOS e a afirmação de sua CONDIÇAO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO.

Ficarão, portanto revogados os conceitos ideológicos e anticientíficos de "situação irregular" e o termo estigmatizador de "menor" como condição substantiva caracterizadora da maior parte da "nossa mais rica matéria prima". Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos: o nascituro, a primeira e a segunda infâncias, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se, portanto as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana.

Assim, ao contrário do quadro legal anterior, a normativa proposta se dirige ao conjunto da população infantil e juvenil, e não apenas para aqueles hoje condenados à sub-cidadania. De fato, as crianças e jovens das família s de baixa renda na s periferias urbanas e nas áreas rurais pauperizadas são verdadeiras "ilhas cercadas de omissão por todos os lados". Sua condição de sub-cidadãos se espelha no sub-salário, no desemprego ou no sub-emprego, na sub-moradia, na sub-nutrição, configurando assim o total desatendimento dos seus direitos individuais à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como dos seus direitos coletivos -- econômicos, sociais e culturais -- cuja garantia, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, é agora, por mandato constitucional,"dever da família, da sociedade e do Estado".

O presente ESTATUTO se divide em dois livros. No Livro Primeiro elencam-se os direitos fundamentais da nossa infância e adolescência, sem exclusão de qualquer natureza, garantindo-se o acesso e regulamentando-se o exercício do conjunto de conquistas expressos no "caput" do artigo 227 da Constituição:

"Art. 227 - é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão."

Trata também o Livro Primeiro dos mecanismos e instrumentos a disposição da cidadania para a salvaguarda da integridade física, mental e moral de todas as nossas crianças e jovens expostos aos mais diversos meios e formas de informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos. Finalmente, ainda nessa parte se regulamentam os instrumentos da guarda, da tutela e da adoção para aqueles que necessitem da proteção de uma família substituta.

Em seu Livro Segundo, o Projeto de ESTATUTO define as diretrizes e bases da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente em situação de risco social e pessoal, dispondo sobre as entidades e as formas de atendimento, as orientações, estrutura e funcionamento das entidades, as instâncias colegiadas de participação das comunidades, as medidas de proteção especial), as garantias processuais nos casos de atos infracionais, o acesso à Justiça, as atribuições da Justiça da Infância e da Juventude, da Magistratura, dos serviços auxiliares, do Ministério Público, do Advogado, dos Conselhos Tutelares.

Neste elenco de inovações, merece especial destaque a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, regulamentando ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento, ou ã oferta irregular, de serviços públicos nas áreas da educação, saúde, assistência social, proteção especial, profissionalização, proteção no trabalho e atendimento humano e verdadeiramente sócio-educativo aos adolescentes privados de liberdade por autoria de atos infracionais graves. Definem-se aindas as ações cíveis cabíveis na defesa desses e de outros interesses e direitos individuais, difusos e coletivos.

Sem prejuízo dos crimes e contravenções previstos na legislação civil e penal em vigor, o ESTATUTO dispõe sobre os crimes e infrações cometidos contra os direitos da criança e do adolescente, criando os instrumentos penais destinados a garantir a vigência do preceito constitucional de colocar a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão".

As Disposições Finais e Transitórias normatizam a aplicação do futuro diploma legal, definindo a estrutura da nova política de atendimento, seus mecanismos de financiamento e as suas inter-faces com outros aspectos da legislação vigente.

Um dos aspectos fundamentais do novo ordenamento proposto é a clara definição e hierarquização dos mecanismos e estratégias de solução da chamada "questão da criança" em nosso País, prevendo-se um conjunto de medidas governamentais e não-governamentais, ao nível da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que assegurem o atendimento às necessidades da criança e do adolescente através de:

I. políticas sociais básicas (educação, saúde e outras, que são direitos de todos e dever do Estado);

II. políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;

III. serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psico-social às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso, crueldade e opressão, bem como identificação e localização de pais, responsáveis e de crianças e adolescentes desaparecidos;

IV. proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Outro aspecto fundamental é a regulamentação dos princípios básicos da municipalização do atendimento e da participação da cidadania (arts. 227, 203 e 20 4, CF), por meio de suas entidades representativas, tanto na formulação como no controle das ações em todos os níveis. Para isso são previstos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional, paritários e com funções deliberativas, bem como fundos específicos e mecanismos de captação de recursos para o cumprimento das respectivas políticas e programas de atendimento.

Cabe destacar também, no perfil geral deste Projeto de ESTATUTO, o esforço de desjurisdicização da grande maioria dos casos hoje objeto de decisão dos magistrados. Alegarão alguns que o novo ESTATUTO "retira atribuições" dos senhores Juízes de Menores, hoje sobrecarregados de trabalho e desviados das verdadeiras finalidades da função judicante, uma vez que forçados a controlar e administrar a pobreza e as mazelas sociais dela resultante. Contraditando frontalmente essa alegação, o ESTATUTO ao contrário sobreleva, dignifica e resgata a função precípua do magistrado, que passará a ater-se nesta área ao exercício de uma das mais nobres e elevadas funções sociais, qual seja, sem dúvida alguma, a distribuição de Justiça.

Ressalta que o traço definidor mais importante do ESTATUTO aqui proposto consiste no resgate que empreende do verdadeiro caráter tutelar do direito da infância e da juventude.

E tutela autêntica, completa, compartida entre a família, a sociedade e o Estado, como obriga a nova Carta Magna.

Na constatação do Juiz de Menores e Professor Titular da Cadeira de Direito do Menor da Universidade Regional de Blumenau, Dr. Antônio Fernando do Amaral e Silva (que representou o Brasil, a convite das Nações Unidas, nos encontros latino-americanos - Caracas e Montevidéu - e da comunidade lusofônica - Lisboa - como preparação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança) em recente trabalho intitulado "A Justiça da Infância e da Juventude": "Vejam, nenhum critério objetivo limita o arbítrio da autoridade policiai e judiciária. E suficiente a imputação, a acusação. Basta atribuir-se ao jovem a prática de fato típico descrito na lei penal, uma simples contravenção por exemplo, para que ele sofra restrições à sua liberdade que, insisto, jamais seriam impostas a adultos. Isto sem aludir à malsinada prisão cautelar. Por uma simples contravenção -- e eu lembraria que soltar fogo s de artifício é contravenção penal, soltar balões é contravenção penal, perturbar o sossego com barulho é contravenção penal -- então, por uma simples contravenção, um furto de pequeno valor, um dano, um adulto, mesmo preso em flagrante, seria imediatamente posto em liberdade, enquanto o jovem poderá permanecer contido, isto é, preso. Onde a tutela? Onde a proteção? Onde o critério objetivo de direito' capaz de conter o eventual arbítrio do delegado ou do juiz; Não há a menor dúvida. O sistema, na pratica, não tutela, ao contrário, violenta e oprime."

Ao apresentar este Projeto estamos conscientes em primeiro lugar, que ele será aperfeiçoado durante sua tramitação, pois haverá de receber a contribuição de

parlamentares de todos os partidos, de juristas, advogados, cientistas, técnicos, educadores, administradores, trabalhadores e agentes sociais, servidores da área de segurança pública, religiosos, defensores e promotores dos direitos da criança e do adolescente, tanto governamentais como não-governamentais.

Em segundo lugar, estamos convictos que este ESTATUTO será o passo inaugural de um grande mutirão cívico que haverá de marcar profundamente este País, em etapas que envolvem, além da mudança dos 'panoramas legais nos Estados e Municípios, um efetivo e amplo reordenamento das instituições formas de envolvidas na área, com a melhoria e humanização das formas de atenção direta, o que atingirá cada um dos destinatários dos direitos aqui regulamentados.

Elaborado por milhares de mãos, este Projeto recebeu subsídios de inumeráveis pessoas e instituições. Portanto, ele não tem donos. Pertence às crianças e aos adolescentes deste País. Ele haverá de ser, estamos certos, um instrumento fundamental de habilitação do Brasil para o cumprimento do seu grande destino.

Neste ano de 1989, sua aprovação pelo Congresso reveste-se de um extraordinário significado histórico, pois ele se inscreve na saga secular da liberdade nos últimos duzentos anos da História humana.

Com efeito, celebramos simultaneamente este ano um tripo bi-centenário: da Inconfidência Mineira, da queda da Bastilha e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Celebramos também, coincidentemente, os 100 anos da Proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da ONU, e os 10 anos do Ano Internacional da Criança.

Este é também o ano em que a Declaração Universal dos Direitos da Criança, após um decênio de estudos e debates, será transformada pelas Nações Unidas numa CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Esse será um instrumento jurídico muito mais forte e efetivo do que a atual Declaração, pois gera obrigações e deveres concretos e específicos para os países signatários, que se comprometerão a adaptar os seus ordenamentos jurídicos aos termos da CONVENÇÃO.

Com justificado orgulho os Constituintes de 1938 podemos dizer que o Brasil começou a liberar-se antecipadamente nessa tarefa com a aprovação do novo direito constitucional da criança e do adolescente, pois a nossa Constituição prefigura, e em alguns casos inclusive ultrapassa, dispositivos inclusos no Projeto de CONVENÇÃO.

Em Lisboa, Caracas, Helsinque, nos encontros preparatórios para a aprovação do Projeto de CONVENÇÃO, o texto constitucional brasileiro suscitou justificadamente não somente o interesse como principalmente o respeito e a admiração de representantes de dezenas de nações, em que pese o reconhecido hiato que ainda separa entre nós o país legal do país real -- hiato que é destinação deste ESTATUTO contribuir decisivamente para eliminar.

Num dos muitos eventos onde se debateu em todo o País o presente Projeto em suas diversas fases de elaboração, alguém observou ser ele "uma pequena Constituição", referindo-se ao fato de abarcar mais da metade da população brasileira, e de abranger uma multiplicidade de aspectos que vão desde a assistência materno-infantil até o acesso à Justiça, passando pela família substituta, a educação, a proteção especial, a convivência familiar e comunitária, o lazer e a cultura, a profissionalização e a proteção no trabalho.

Filho primogênito da Carta de 5 de Outubro de 1988, este Projeto de ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, não temos a menor dúvida, será

acolhido nas duas Casas do Congresso Nacional com a ABSOLUTA PRIORIDADE que determina o art. 227 da Carta Magna.

Com base na votação praticamente unânime (435 votos a 8) com que foi aprovado pela Constituinte o capítulo relativo à criança e ao adolescente, antevemos a sua consagradora aprovação, ainda neste ano de 1989, após prioritária, porém fecunda, tramitação.

E para esse esforço histórico e patriótico que temos a honra de convocar todos os Senhores Congressistas e a opinião pública nacional, certos de que, não obstante os diversos aspectos inovadores deste ESTATUTO, ele é continuação e parte de uma rica e progressiva experiência legislativa, jurídica e social, fruto do crescente espaço que a criança e o adolescente vêm conquistando na consciência e na sensibilidade dos homens e mulheres do nosso tempo.

Sala das Sessões, em 30 de Junho de 1989.

Publicado no DCN (Seção 11) de 01.07.89. (Projeto de Lei n.183/89).