



PIEIDADE E PUNIÇÃO: A SEMEHANÇA DOS CONTRÁRIOS

Maria Auxiliadora Minahim*¹

Lucas Gabriel Santos Costa*²

RESUMO

Este estudo constrói espaços de discussão sobre as práticas ditas socioeducativas adotadas com adolescentes no Brasil. Para a construção desses espaços, tema como objeto a relação entre a liberdade e a proibição, especialmente entre os princípios *garantísticos* centrados na proteção da pessoa e a privação da liberdade que decorre da medida socioeducativa e da pena. O objetivo, nesse sentido, é desvelar a forma inconsistente e não *garantística* como é conduzida a justiça quando se trata de adolescentes autores de atos infracionais, a partir da crítica sobre a aproximação entre o microsistema infracional e o sistema criminal. O artigo adota o método dedutivo, sendo produto de uma pesquisa qualitativa, de viés exploratório-descritivo, que recorre a um paradigma teórico crítico sobre análise bibliográfica de textos legais brasileiros, jurisprudência e comentários doutrinários de autores nacionais estrangeiros, buscando uma harmonização entre os direitos do adolescente que não desprezem a proteção da sociedade e da vítima sem que, para tanto, sejam ignorados os princípios que defendem a humanidade como fundamento aos sistemas de garantia.

PALAVRAS-CHAVE: Medida Socioeducativa; Justiça da Criança e do Adolescente; Dignidade Humana; Pena; Sistema de Garantias.

COMPASSION AND PUNISHMENT: DIFFERENT IDEAS SAME OUTCOME

SUMMARY

This study builds spaces for discussion about the so-called socio-educational practices adopted with adolescents in Brazil. For the construction of these spaces, the theme is the relationship between freedom and prohibition, especially between the guarantee principles centered on the protection of the person and the deprivation of freedom that results from the socio-educational measure and the penalty. The objective, in this sense, is to reveal the inconsistent and non-

1 Professora Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Doutora e Mestre em Direito Penal. E-mail: minahim@terra.com.br.

2 Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. Mestre e Doutor em Direito - Universidade Federal da Bahia - UFBA. E-mail: lgabriel.costa@gmail.com.





guarantee way in which justice is conducted when it comes to adolescent authors of infractions, based on the critique of the approximation between the infraction microsystem and the criminal system. The article adopts the deductive method, being the product of a qualitative research, with an exploratory-descriptive bias, which adopts a critical theoretical paradigm on bibliographical analysis of Brazilian legal texts, jurisprudence and doctrinal comments by foreign national authors. It is necessary to find a system that does not neglect the rights of the victim and social security, but at the same time respects the principles that defend humanity as the foundation of control systems.

KEYWORDS: Socio-Educational Measure; Child and Adolescent Justice; Human dignity; Compassion; Guarantee System.

1 INTRODUÇÃO

A distância, por vezes existente, entre o discurso e a prática não é um dado novo na vivência humana, mas, ao contrário, tem sido frequente no curso histórico. As razões podem ser muitas e, não necessariamente, revelam uma atitude descrente diante do novo. É possível que ideais não sejam concretizáveis num dado tempo, na forma prescrita, ou com os recursos existentes. No entanto, ainda assim cumprem um papel importante. O estranhamento de uma proposição pode apontar para a necessidade de transformações em sua direção, o que permite que esta cumpra uma função de aprimoramento das construções sociais. É possível, porém, que certas construções tenham uma função álibi diante de injustiças que se acobertam em falas bem elaboradas.

Nesse contexto, pode-se discutir práticas ditas socioeducativas adotadas com adolescentes no Brasil. Em verdade, o tratamento jurídico dispensado aos menores de 18 anos pelo direito do adolescente, seja pela doutrina, seja pela norma legal, ao longo da história, se fez através de polaridades, não se podendo afirmar que, em alguma delas, o processo civilizatório mostrou o melhor da humanidade.

Os fundamentos opostos que embasaram a construção de doutrinas e sistemas legislativos alternaram-se no curso do tempo e, em maior ou menor intensidade, concluem de forma pouca ou nada garantidora para os menores de dezoito anos. Assim, ocorre com o ideal punitivo que objetiva, sem ou com disfarces, antes de tudo, o afastamento do infrator da sociedade e a segurança social gerada com esse isolamento. Já a vertente piedosa sustenta que, em razão da vulnerabilidade causada pela exclusão ou pelo próprio estado de imaturidade física e psíquico, deve-se aplicar medidas pedagógicas protetivas, aos menores de 18 anos. Estes pensadores





norteiam-se por um viés do bom paternalismo, ao menos, no âmbito do discurso. Em ambas as perspectivas, todavia, falta firmeza no sentido de preservar o adolescente infrator do bom ou do mau pensamento dos adultos, porque lhes falta o tom garantidor e da legalidade estrita em suas construções e decisões.

Ainda hoje, as posições, se orientam nestes mesmos sentidos acrescidas ou não de novos fundamentos e termos, mas que concluem numa prática igualmente arbitrária.

Trata-se de artigo científico produto de uma pesquisa qualitativa, exploratório-descritiva, que adota um paradigma teórico crítico sobre análise bibliográfica de textos legais brasileiros, jurisprudência e comentários doutrinários de autores nacionais estrangeiros. O objetivo é desvelar a forma inconsistente e não *garantística* como é conduzida a justiça quando se trata de adolescentes autores de crime.

2 A APRESENTAÇÃO DOS CONCEITOS

A ideia de correção pela punição é antiga na história da humanidade, seja por se acreditar, que os castigos corrigem e impeçam a prática novos fatos semelhantes, seja porque, como aconteceu com o pensamento clássico, à infração deve suceder a punição.

Já o tratamento caritativo, apesar de alcançar, a mesma imposição de sofrimentos, baseia-se no ideal misericordioso que justificava o afastamento dos filhos de seus pais, as internações sem tempo determinado e os trabalhos forçados.

No sentido do ideal misericordioso, ou do bondoso estado paternal, que acolhe os desvalidos, demandam-se providências curativas, medidas socializadoras. Propõe-se nessa linha, ações do poder público que deve facilitar o ajustamento social dos cidadãos que não se adaptaram ao sistema vigente, como proposto na Defesa Social de Dorado Montero (1973). Neste caso, por serem pedagógicas e socializadoras, as providências podem ser flexíveis e os procedimentos para sua imposição ainda mais maleáveis.

Assim se procede com relação aos menores de 12 anos, trata-se mesmo de menores de 12, as crianças, autores de infração penal, oferecendo-lhes uma ambiência desprovida dos aparatos intimidantes da justiça criminal, agilidade na tomada de providências, ritos maleáveis e ágeis –



ajustados ao “bom senso” dos servidores competentes - com vistas a adaptar a providência – medida – à pessoa e não ao fato.

A justificativa para o tratamento diferenciado dos menores de dezoito anos assenta-se na imaturidade e na vulnerabilidade consequente, situações incompatíveis com a pena afliativa.

Patrão Neves (2006) lembra que o termo vulnerabilidade representa, no plano descritivo, um fato que demanda a obrigação ética de se evitar molestar pessoas e populações em tal situação “para que não sejam “feridas”, maltratadas e abusadas”(p.159). Este imperativo consta de alguns documentos internacionais nos quais se reclama uma proteção diferenciada para algumas pessoas que, em razão da situação em que se encontram de carência de qualquer natureza sejam preservadas de manipulações conforme a filósofa portuguesa. Nesse sentido, continua, é perceptível que, quanto maior seja a desigualdade entre as pessoas e quanto mais frágeis sejam, com maior vigor o direito deve buscar conferir-lhes poder e segurança.

Um terceiro sistema doutrinário e legal, sem desconsiderar a fragilidade dos mais jovens, surgiu no século XX, ao qual chamaria de sistema mitigado de garantias, que inclui direitos como o do contraditório e alguma legalidade na imposição de medidas de internação. Tal construção resulta basicamente da ideia de responsabilização, nova expressão introduzida no linguajar do direito especial de menores.

Segundo Anina Lahalle (s/d), o termo representa a capacidade de responder pelos próprios atos diante da ordem jurídica. O critério, embora interessante, carece ainda de maior aprofundamento e precisão e, na prática nacional, não transformou os procedimentos. Assim, os adolescentes infratores precisam ser responsabilizados, mas desde que usufruam de algumas garantias destinadas aos imputáveis. Reivindica-se a legalidade, o que não impede que, em face a brechas existentes, sejam justificadas providências apartadas da legalidade e da razoabilidade para responder à prática da infração penal.

Esta posição surge como uma reação às anteriores, e resulta de recomendações internacionais que procuram justificar a necessidade de o Estado mostrar à comunidade sua atenção e sua resposta ao ato praticado e procurar com que o adolescente compreenda a reprovação ao seu ato.

Na década de oitenta, por pressão internacional, escreveram-se as famosas Regras de Beijing adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas 1985 que buscavam reagir ao cenário



manipulador da justiça juvenil em alguns países, inclusive no Brasil, antes da Constituição de 1988 que, a pretexto de ressocializar, cerceava a liberdade sem garantias. Sugeriu-se, nas Regras, um sistema misto, com as garantias do contraditório a exemplo do já ocorre em outros países.

É bom que seja assinalado que não há um sistema universal para os adolescentes, reconhecendo-se, em regra, a menoridade como uma razão para o uso de providências menos severas, podendo-se, no entanto, aplicar, aos crimes mais graves, através de tribunal especializado, as mesmas penas do sistema de adultos.

Apesar, porém, das tentativas e dos discursos - quase sempre bem fundamentados e coerentes - as soluções são comumente baseadas no poder de restrição da liberdade mesmo que em nome de propósitos pedagógicos e corretivos, ainda que isto implique, na prática, em contenção do sujeito em espaços restritos. Curiosamente, é exatamente o atributo da vulnerabilidade - que demanda um tratamento diferenciado - o fator que permite ou que facilita as transgressões às garantias estabelecidas no sistema normativo nacional em termos de direito penal quando aplicado a jovens infratores. A prática não é exclusiva do direito penal.

3 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

O direito tem a visão das crianças e adolescentes proporcionada pelo olhar que o adulto pode ter sobre elas, daí não ser de se estranhar que procure compreendê-las conforme suas perspectivas, interesses e necessidades. Isto ocorre em diversos setores da vida.

Na área laborativa, por exemplo, foram os trabalhadores mais comumente recrutados por serem de mão de obra barata ou não remunerada. Tal fato, aliado à ideia de que o trabalho reforma, foi o pensamento responsável, para o envio de muitos adolescentes e crianças às fazendas no Brasil, tal como ocorreu na Inglaterra, com relação aos veleiros para que fossem reeducados, através da disciplina.

No campo penal, providências dessa natureza têm o poder de torna-los invisíveis, assim como o fazem as internações em estabelecimentos de educação na crença fiel - ou não - de sua capacidade reformadora.



A história revela que a justiça penal foi severa com os menores infratores, havendo, no entanto, momentos pontuais nos quais, foram sancionados de forma mais leve que os adultos, assim como os idosos (Minahim, 1992). Às vezes foram tratadas como adultos em miniatura sem respeito às suas peculiaridades físicas e afetivas e demais mais atributos dessa fase da vida, na qual a capacidade limitada de esforço e a imaturidade emocional são uma marca definitiva.

Uma análise retrospectiva do tratamento dispensado aos imaturos pode, de fato, referendar não só essa ideia, mas também a afirmação de Max Wyman (1977) sobre o engano de compreender essa etapa de crescimento como sendo de despreocupação e sonhos. De acordo com o autor, tal afirmativa está longe da verdade uma vez que os menores, no passado, eram propriedades dos pais ou do estado, ocupando uma posição pouco invejável na sociedade. Mulheres e crianças – seres mais frágeis³ que os homens adultos - eram vistos como inferiores, afirmando-se que, sequer, a arte as reconhecia como personagem como ocorreu no século XII (ARIÈS, 1978).

A infância acabava tão logo as crianças apresentassem capacidade física para participar do trabalho adulto. A revolução industrial homologou e realçou esse papel economicamente útil da mão-de-obra infantil em razão de ser considerada barata e fácil de ser explorada.

A fase que hoje se conhece como adolescência e a mesma expressão foi usada apenas no início do século XX para designação um estágio do desenvolvimento humano com sofrimento. Até então, recorria-se ao termo puberdade que, no entanto, era empregado, com outro sentido e propósito, qual seja, o de “servir para distinguir o início de algumas capacidades, o desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários, mais propriamente, pubescência”, não correspondendo a adolescência. (Coutinho, 2010).

No Brasil colônia, fala-se (Mattoso, 1991) da existência de duas faixas de idade, aquela que ia até 7/8 anos e outra situada entre este período e os 12 anos. Na segunda fase, já eram reconhecidos como escravos para efeito de trabalho forçado e também como um bem, uma *res*, que integrava a propriedade dos colonizadores. A Igreja também reconhecia que “aos sete anos o cristão alcançava idade da consciência e de responsabilidade.” (Mattoso, 1991, p. 173).

³ Na Bahia, ocorreu a instituição das catarinas, meninas órfãs que trabalhavam em residências de famílias, assumindo os trabalhos de empregada domésticas, sem qualquer remuneração, mas cujo acolhimento significava um ato misericordioso dos donos da casa. (Andrea Rodrigues Infância esquecida, Salvador: Edfba: 1900 1940, s/d).



Enfim, o verdadeiro parâmetro para considerar uma criança como valor era a sua aptidão para o trabalho e o uso de sua força para alguma atividade lucrativa.

A contemporaneidade, após os excessos da segunda guerra, passou a reivindicar, através de instrumentos internacionais, tratados e declarações, a concretização dos direitos humanos com vistas a reconhecer os direitos de todos, pressionando para que se proporcionasse a cada um o que é seu. O respeito pela vulnerabilidade humana foi introduzido como princípio ético na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO, aprovada em 2005. Os tratados reafirmam a condição de cidadão a cada pessoa, não havendo porque distinguir homem de cidadão⁴, já que o direito nasce com o homem. No entanto, é a vida natural com suas indigências que se torna o centro das decisões, como se pode perceber. (Agamben, 2016).

O direito, muito vezes, mesmo através de um discurso bem formulado, chega a resultados que mantêm os mais vulneráveis, em sua posição de vida nua, ignorados e desconhecidos pelo estado.

4 PANORAMA ATUAL CONSOLIDADO EM DECISÕES

O ECA, Lei 8069/90, na linha das Regras de Beijing, representa no Brasil, um texto que procura se alinhar com o que se chamou, no texto, de terceira fase, impondo certa legalidade ao dispor o sobre garantias processuais em seu texto. O legislador constitucional registrou no artigo 227 da Constituição Federal aspectos da proteção especial que dispensa à criança e ao adolescente como sujeitos de direito, realçando, na maioria dos casos, aqueles já fixados em outros dispositivos, mas sendo inovador na área do processo penal.

O Estatuto pretendeu confirmar as preocupações da Constituição, agasalhando o princípio da responsabilização inscrito nas Regras de Beijing, para a fundamentação das medidas aplicáveis ao adolescente infrator, conforme, já referido. Com isto, o julgador afastaria o foco excessivo na pessoa do adolescente e consideraria também o fato praticado, com vistas a prestar adequada

⁴ Como refere Agamben, as declarações de direito são espaços nos quais a vida natural se transforma em vida política, o sujeito se faz cidadão. Não haveria mais, em verdade, que se falar em tornar-se cidadão porquê os direitos surgem do homem, que é o fundamento da cidadania. A vida natural deve recuar, cedendo espaço ao cidadão.



resposta legal. Como consequência deste enfoque, tornar-se-iam mais difíceis as internações decididas com base em laudos interdisciplinares baseados em estudos da personalidade e da família do agente, que em regra, justificavam recolhimento por tempo indeterminado.

À ideia de responsabilização, corresponde uma outra de asseguramento de direitos na ocasião de atribuição de prática de ato infracional. Dessa forma, a Constituição dispõe que o menor de 18 anos não pode ser privado das garantias asseguradas aos adultos infratores, como o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo a legislação tutelar específica.

O ECA pretendeu, enfim, alinhar-se a uma forma de legalidade, prevendo as hipóteses em que o infrator pode ser internado assim como o tempo máximo de internamento, fixado em 3 anos no máximo, mas as interpretações podem ser desastrosas. No artigo 122, estão dispostas as situações que permitem, não obrigam, a internação: a. tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; b. reiteração⁵. na prática de infrações graves; c. por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. A letra *b* comporta interpretações distintas, ora entende-se que graves são os crimes punidos com pena de reclusão, ora são pinçadas algumas figuras de excepcional gravidade como tráfico, e o furto qualificado

Apesar dessas providências, na prática, há inúmeras infrações os dispositivos que insinuam a legalidade em favor de providências arbitrária. As decisões e o cumprimento das medidas socioeducativas esbarram no conhecido recurso ao conteúdo pedagógico e social, na ressocialização, supostamente contidos nas medidas, inclusive na de internação. Dessa forma, os limites normativos são frequentemente ultrapassados o transgredidos em favor do direito piedoso de assistência e emenda.

São fartos os exemplos de violação das garantias ao argumento que a providencia buscada com a medida aplicada é legitimada por razões não previstas na lei.

Colhidas aleatoriamente as decisões sustentam a hipótese levantada no início do trabalho de que a vulnerabilidade tem sido arguida como razão para ignorar os freios fixados por lei.

⁵ Quanto a reiteração, no passado se interpretou como sendo a realização por mais de duas vezes de uma infração, em razão do uso da expressão *reiterada* e não de *reincidência*. Hoje, basta a reincidência para configuração de hipótese que permite a internação.



Inobstante o pensamento dos doutrinadores do Estatuto, conforme Lahalle (s/d), muitas decisões são fundadas na ressocialização e não na responsabilização.

Não é preciso uma análise sistemática das decisões dos tribunais - decisões que já são, na verdade, um avanço porque a matéria, há 30 anos atrás, sequer subia a eles era remetida - para desvelar as contradições entre ressocialização e responsabilização.

Veja-se, a propósito, decisão do STJ:

A internação de adolescente infrator deve ser cumprida imediatamente após a sentença que impôs a medida, ainda que a defesa tenha apelado e que o adolescente haja respondido ao processo em liberdade na primeira instância. A decisão é da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que acompanhou, por maioria o voto do ministro Rogério Schietti Cruz: “A medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de *proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora*”, (STJ, 2016. HC 346.380-SP). Desta forma, a execução imediata da medida de internação não atingiria a regra segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” conforme dispõe o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Num raciocínio de difícil defesa, entretanto, o julgamento pacificou o entendimento sobre o tema nas duas turmas do STJ especializadas em matéria penal.

Esse mesmo fundamento - natureza *protetiva* das medidas aplicadas aos menores de 18 anos – é usado com frequência com o mesmo fim de justificar a internação, embora se trate de argumento destituído de racionalidade: restrição da liberdade, para materialização da proteção integral. Assim, aconteceu com o Habeas Corpus - Nº 543.279 - SP (2019/0328435-0) STJ, no qual o pedido de albergue familiar, para que a adolescente amamentasse seu filho em casa, conforme autorizam os artigos 318 a e 318, b, da lei de execuções, foi negado com a justificativa de que o Ato infracional praticado expunha a adolescente a grave situação de risco.

O STJ já tem como consensuado que um adolescente que cumprira medida de internação e progrediu para outra mais branda, não pode novamente ser recolhido em razão de outros fatos praticados antes daquela internação porque se supõe que já passou por um processo de *ressocialização* e retornar para a internação seria um retrocesso[...] Quinta Turma do STJ, 2019, SP HC: (543279 /0328435).



Há absurdos também no âmbito legislativo, como art.182 do ECA, (BRASIL, 1990) que dispõe : *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

§ 2º *A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.*

Não é incomum o tom paternalista de alguns comentadores que afirmam que, se tratando de criança ou adolescente, “não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas *pretensão educativa*, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral”. Superior Tribunal de Justiça HC, 2007, São Paulo Nº 90.921.

O enunciado traduz um pensamento neo-defensista que, embora permeado de boas e nobres razões, permite constranger adolescentes quando um adulto não seria privado de liberdade.

Essa educação é feita em locais com taxa de ocupação 300 % da capacidade prevista, motivando dois habeas corpus, o último julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou o fim da superlotação em unidades do sistema socioeducativo de todo o país em 2020. Mais grave é que em 2019, o mesmo Ministro Fachin já tinha concedido um *habeas corpus* para os cinco estados que levaram a questão inicialmente ao STF: Rio de Janeiro, Ceará, Bahia e Pernambuco. Em 2020, a decisão foi estendida para todo o país.

6 HORIZONTES DE EXPECTATIVA DE UM SISTEMA PENAL DE GARANTIAS

Se o ser humano é capaz de, através da autonomia, dar a si a intuição universal do bem com a capacidade de compreender, escolher e explicar os caminhos para o desenvolvimento de sua vida, logo, também devem ser explicáveis/justificáveis através da razão a finalidade e a necessidade de intervenções restritivas sobre a liberdade individual, dentre elas a intervenção punitiva.



E assim se inicia o movimento pelo desenvolvimento de um sistema penal racionalizado e secularizado, típico da ilustração. Trata-se de um movimento apoiado em uma racionalidade utilitarista e não universal, vale ressaltar, pois parte da população à época (século XVIII) não era considerada humana e, conseqüentemente, não eram objeto dessa proteção. Este estudo, no entanto, não tem o objetivo de exasperar as questões relacionadas à universalização da dignidade humana no sentido horizontal, mas expor e analisar criticamente que a partir de tal dignidade, ergueu-se a perspectiva de um sistema de controle liberal e *garantístico* – principiológico – voltado à proteção da pessoa (SANCHÍS, 2001).

O que se busca através dessa racionalidade é a colocação do ser humano como centro da valoração dos instrumentos jurídicos que influem no controle social estatal que toma como objeto os espaços de realização da liberdade individual: uma centralização que deve alcançar os instrumentos de controle social formalizados e institucionalizados, como o sistema penal e o microssistema da criança e do adolescente, conduzindo-os à obediência de *princípios* que propõem a orientação, justificação e a limitação da intervenção estatal sobre a liberdade (FERRAJOLI, 2002, p. 693).

Através da construção de um sistema apoiado sobre princípios, busca-se encontrar uma razão para a intervenção punitiva e socioeducativa. De certo é que de algum modo os princípios ainda carecem de desenvolvimento, sobretudo quanto à condução de um melhor ajuste do sistema jurídico à proteção à dignidade das pessoas, especialmente as mais vulnerabilizadas, mas, ainda que em teoria, eles são indicadores para o dever ser penal e infracional próximo aos valores de um Estado Democrático de Direito⁶.

Vale dizer que todo controle que segue a proibição penal responde a uma política criminal e toda política criminal depende da concepção do Estado que ela compreende (MIR PUIG, 2011, p. 18): em uma democracia sustentada pelo Direito, o ponto de encontro entre os princípios

⁶ Nota explicativa: “El modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho mantiene la exigencia liberal de que el Derecho penal respete ciertos límites, como garantías constitucionales de las que dependen libertades ciudadanas. Como muchos otros de mi generación, he relacionado este modelo político democrático con un Derecho penal caracterizado por sus límites.” (MIR PUIG, 2011, p. 18).



liberais é a limitação dos espaços de proibição a partir da *legalidade*, da *necessidade* e da *humanidade da intervenção punitiva*.

Esse encontro, pacífico no saber penal (ainda que em muito carente na prática punitiva nacional), coloca o sistema penal um passo à frente em relação às garantias que se têm, por exemplo, no microssistema infracional em que a vulnerabilidade pessoal, característica específica das crianças e adolescentes, passou a justificar a negação ou mitigação da orientação principiológica necessária à proteção da dignidade das pessoas.

O *princípio da legalidade*, por exemplo, *nullum crimen, nulla poena sine lege* (FEUERBACH, 2007, p. 55), inerente a um Estado de Direito, estabelece um conteúdo protetivo que expõe garantias importantes: i. criminal, exige que a proibição penal seja determinada por lei (*nullum crimen sine lege*); ii. penal, estabelece que a pena seja exposta em lei (*nulla poena sine lege*); iii. execução penal, pois, exige que a execução da pena seja regulada por lei. A eficácia do princípio da legalidade está direcionada pela necessidade de uma justa técnica legislativa para determinação das condutas proibidas, garantindo o respeito ao sentido político e jurídico do princípio.

É por isso que a lei penal deve ser prévia, *lex praevia*, proibindo a retroatividade maléfica⁷; escrita, *lex scripta*, excluindo o costume como fonte de delitos e de penas⁸; certa, *lex stricta*, exige um certo grau de ‘precisão’ da lei penal, recusando a analogia que prejudique o réu (analogia *in malam partem*)⁹. Essas orientações se desenvolvem desde a teoria do delito, em que se materializam a partir da tipicidade do fato; até o âmbito da pena, que serve como limite ao arbítrio judicial.

Também a partir do ideal de Estado Democrático de Direito, enfatizando agora o viés democrático, a partir do movimento ilustrado e da perspectiva da função da proibição penal como instrumento adequado à proteção de bens essenciais à pessoa, desenvolveu-se o princípio

⁷ Nota explicativa: A retroatividade benéfica não se opõe ao sentido liberal do princípio da legalidade, uma vez que a incidência da lei não teria função social.

⁸ Nota explicativa: Não basta qualquer Lei, é necessária a que advém do poder legislativo como forma de representação popular.

⁹ Nota explicativa: Daqui advém o mandado de determinação, que evita a burla do princípio da legalidade.



da *necessidade da intervenção punitiva* e da humanidade, que conduz ao princípio da *culpabilidade*

Através do caminho da necessidade se desenvolve a orientação da proibição penal como o recurso proporcional para a proteção de bens, em face a inadequação de outros meios menos lesivos a direitos individuais: o que se busca é o maior benefício com menor custo à liberdade pessoal. Nesse sentido, a necessidade do direito penal, avaliado por critérios de utilidade e benefício social, encontra limites nessa utilidade e nos direitos e garantias dos cidadãos (MARTÍNEZ, 2004. p. 57).

É necessário, assim, que a tutela penal seja eficaz e que haja idoneidade: impõem-se aqui uma limitação material à intervenção sobre a liberdade, pois não se deve sancionar todos os comportamentos lesivos a um bem, mas somente as modalidades de ataque mais perigosas que recaem sobre os mais importantes, tem-se aqui os *princípios da subsidiariedade* e da *fragmentariedade* (MIR PUIG, 2007, p. 93-94).

O sentido democrático do Estado também influi na construção de um sistema penal centrado na humanidade, na proteção da pessoa. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República prevê, em matéria penal um princípio central à humanidade e que cumpre uma função essencial à democracia: princípio da *culpabilidade*. Princípio que tem a finalidade de obstar a responsabilidade objetiva: i dispõe sobre o caráter pessoal da responsabilidade; ii relação direta entre a realização de uma pessoa e o tipo de injusto. Ou seja, a partir da culpabilidade, deve se buscar o caráter pessoal e subjetivo da resposta estatal, que deve se respeitar o ser humano como digno de humanidade (MELLO, 2019, p. 83 -).

Em um sentido mais amplo, o termo culpabilidade se contrapõe ao termo inocência; e dele decorrem princípios da personalidade: não pode ser culpado pelo fato dos outros; da responsabilidade pelo fato: não se pune o estado de ser da pessoa; do dolo e da culpa: o fato deve ser querido pelo agente e ser culpa sua; e da presunção de inocência: ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.



O sistema penal de um Estado de Direito se refere limites; o direito penal de um Estado social busca a legitimidade; já tal sistema de um Estado democrático tem como fundamento a centralização do homem como um fim em si mesmo. São formas ideológicas que marcam a diversificação protetiva necessária e inevitável à legitimidade da intervenção estatal, com o fim de organização e controle social, sobre a vida das pessoas.

7 ESPAÇO DE EXPERIÊNCIA: A AGONIA DE TÂNALO

Tântalo abusou da confiança divina e revelou aos outros homens mistérios que deviam permanecer ocultos dos mortais. Irados os deuses decidiram lançar Tântalo ao Tártaro. Mergulharam-no até o pescoço e deram a ele o castigo eterno de não poder alimentar-se nem matar a sua sede, mesmo rodeado de muita água e vegetação. Por conta do castigo, a água, mesmo sendo abundante, se afastava quando Tântalo tentava bebê-la e os galhos das árvores se levantavam com a força dos ventos sempre que ele tentava colher algum fruto das árvores (BAUMANN, 2003, p. 13-14).

Tão perto e, mesmo assim, tão distante... talvez essa afirmação se coloque como um suplício a quem procura, na realidade social brasileira, o reflexo das construções acadêmicas que desenvolvem orientações e limites ao poder punitivo a partir do respeito à Dignidade Humana.

Um sistema de garantias, que respeite os Direitos Fundamentais de cada cidadão brasileiro, parece tão factível e próximo quando elaboramos as construções teórico-filosóficas para justificar a legitimidade uma intervenção punitiva necessária; mas quando se pensa nos efeitos do sistema penal sobre a realidade social (especialmente sobre os mais vulneráveis), vê-se os esforços acadêmicos se pondo atrás das grandes montanhas de desigualdade social, em um horizonte ainda longínquo.

A ciência do Direito Penal brasileiro, tão refinada e desenvolvida no espaço do discurso dos grandes auditórios acadêmicos e das tribunas das altas cortes do poder judiciário, ainda é distante da realidade social que se manifesta, especialmente, em um Estado de coisas inconstitucional das penitenciárias no país (STF, ADPF nº 347). No entanto, ainda assim, a maior parte das *fichas* da política do ideário neoliberal são depositadas nele: no sistema penal (ABRAMOVAY, 2010, p. 11). É a *crença* de que ele possa funcionar como um instrumento de



controle institucionalizado para a proteção dos bens mais importantes para o convívio coletivo, para a organização social, para o desenvolvimento humano.

Refinamento e desenvolvimento com a pretensão de afirmação de garantias, vale dizer, que ainda não se consolidaram na seara infracional. Falta até tal *crença* na existência de limites principiológicos liberais que são considerados essenciais à intervenção do Estado sobre a liberdade das pessoas. Isso não projeta o sistema penal como uma saída benéfica, de outro modo: abre espaço para a crítica sobre o necessário reconhecimento e materialização de princípios orientadores e limitadores do poder punitivo, de viés *garantístico*, na relação entre os sistemas de controle do Estado e a limitação da liberdade de adultos e adolescentes. O sistema infracional, aqui, diversificaria e ampliaria o seu viés protetivo a partir da intersecção entre as garantias internas do microssistema e os princípios que demarcam o alcance da intervenção estatal sobre a liberdade.

O paradoxo é: em época de pós-verdade e de tanta fluidez e liquidez das relações humanas, equilibrar a *mitologia penal* (CASARA, 2015) que se produz por um sistema dinâmico, normativo, valorativo, que tem os seus institutos relativizados e tensionados para dialogar com as rápidas demandas de controle (que decorrem das relações cada vez mais instantâneas de uma sociedade que se alimenta do contexto digital e produz interações impessoais); com a manutenção de princípios liberais, ilustrados e *garantísticos* que necessitam de solidez e certeza, e que são tão importantes para a preservação da liberdade.

A relativização ou não admissão de princípios como a legalidade, da necessidade e da presunção de inocência, por exemplo, podem gerar repressões jurídicas simbólicas lesivas à dignidade, que são sintomas de um intervencionismo punitivo *prima ratio* típico de democracias repressivas. É importante ter o cuidado para que o tratamento do conflito decorrente da violação da proibição penal, tanto na seara criminal quanto na infracional, não se volte à atenção da demanda do populismo penal que hoje se apoia na cultura do medo, na desumanização do próximo e na desagregação do senso comunitário (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 49-52). Um sistema que se arvora, com raízes artificiais e dotadas de preconceito, sobre a paisagem destituída de oportunidades à fruição da cidadania. Os espaços sem cidadania, em que se pede



por uma globalização mais humana (SANTOS, 2011), hoje em muito é ocupado pelo sistema penal. Tornou-se *lugar comum* fazer política pública de segurança a partir do sistema penal.

Esse lugar comum, entretanto, desloca-se da robustez e da complexidade do saber teórico sobre o sistema penal, que admite, por exemplo, o princípio da *ultima ratio* – apoiado nos subprincípios da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade* da intervenção punitiva – como pedra angular para um sistema penal de um Estado Democrático. A lógica dos discursos tem instrumentalizado o poder constitutivo da ideologia ao processo de alienação, como diria Ricoeur (1990, p. 209), isso alimenta o abismo entre a produção teórica e a *práxis* sobre a forma de controle, desde a teoria do delito até a teoria da pena. A perspectiva ideológica que orienta a formação do Estado indica o programa, base reitora, que direciona o conteúdo assumido pelo direito penal no sistema social.

Estado que pretende preservar princípios de um Estado liberal, ou seja, a liberdade do indivíduo, com os que decorrem do Estado social, igualdade e solidariedade social. O Direito penal de um Estado social deve se legitimar enquanto um sistema de proteção social efetivo. Nesse caso, haverá a criação de delitos quando houver a necessidade dessa proteção. A manifestação do direito penal, enquanto instrumento de controle social institucionalizado deve acompanhar uma necessária crítica sobre os limites ao exercício do poder punitivo (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 13).

Por isso, não se protege a qualquer custo: a partir da redução dos espaços de liberdade social deve se demonstrar um ganho material da efetiva proteção aos bens essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade.

E duas coisas são importantes: primeiro, a racionalidade do sistema através do refinamento teórico é importante desde que haja reflexo na realidade, na melhoria dos espaços de liberdade e na proteção das pessoas, como indivíduos e cidadãos, como seres humanos. Sem isso, é possível presumir que a complexidade do desenvolvimento possa ser mera camuflagem para velar as mazelas do sistema de um *estado centauro*: que sustenta o “modelo de penalidade neoliberal que passou a remediar com um —mais Estado policial e penitenciário o —menos Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança em



diversos países” (WACQUANT, 2001, p. 07). Segundo a realidade das ruas é diferente da realidade das academias e dos Tribunais. Hoje, por exemplo, é difícil encontrar correntes acadêmicas que sustentem o positivismo criminológico, no entanto ainda – em muito – é através dele que agências de controle penal se orientam.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos desenvolvidos neste texto não têm a ingenuidade de ignorar que o ato praticado pelo adolescente autor de infração penal causa uma lesão efetiva ao titular devem e necessitam uma resposta do Estado. Dessa forma, há que se buscar uma harmonização entre os direitos do adolescente que não desprezem a proteção da sociedade e da vítima sem que, para tanto, sejam ignorados os princípios do pensamento *garantístico*.

Tratar um jovem infrator como tal, ou seja, como alguém que ainda se encontra com a personalidade em desenvolvimento, mas que, nesse processo, não se comporta conforme o comando da norma, exige prudência, sabedoria e legalidade.

A capacidade de resistência aos impulsos dos muito jovens é ainda frágil o que, na sociedade contemporânea de complexidade progressiva, impõe múltiplas exigências. Por isso, a imputabilidade é construída como o juízo de compreensão do valor da conduta, e também sobre a capacidade de comportamento conforme a compreensão

As pressões sociais de toda natureza em contextos pessoais e familiares de vulnerabilidade devem ser consideradas como causas específicas de desvios dos adolescentes que não se coadunam com uma resposta puramente repressiva do Estado. Da mesma forma, não bastaria passar as mãos pela cabeça do infrator como gesto de compreensão e aceitação do fato. O processo é muito mais difícil e delicado e envolve levar o jovem a reconhecer as consequências de suas ações e desenvolver habilidades sociais e emocionais para conviver com as restrições que lhe são impostas, assim como dar-lhes oportunidades de superação. A especialização da justiça juvenil e dos administradores do sistema está estreitamente ligada ao *alcançamento* dessa meta.



Tais compreensões e metas, não dispensam, mas exigem submissão aos princípios garantidores do direito penal moderno.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. Homo Sacer el poder soberano y la nuda vida; Valencia: Pre-Textos, 2016.





ARIÈS, P. História social da infância e da família. Tradução: D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. P. 13-14.

BRASIL Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8690

BRASIL, Quinta Turma do STJ, 2019, Recurso Especial Nº 1.720.565. 9, SP 2019/0328435-0.

BRASIL, STJ, 2016. HC 346.380-SP, <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça HC, 2007, São Paulo, Nº 90.921.

BRASIL. STJ, 2019, Habeas Corpus 543.279 - SP (2019/0328435-0).

COUTINHO, Luciana Gageiro. *Adolescência e errância: destinos do laço social no contemporâneo*. Rio de Janeiro: Nau: FAPERJ, 2009.

DORADO Montero, Pedro. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: a teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica Fauzi, Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAHALLE, Anina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*, I Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores, Ministério Público de São Paulo, s/d.

MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*. Madrid: Dykinson, 2004. P. 57

MATTOSO, Kátia. *O Filho da escrava. : Del Priore, História da Criança no Brasil* São Paulo: Contexto/CEDHAL1991.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Novo Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Tirant, 2019.

MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção*, Rio de Janeiro, RT, 1992.

MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.





PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. Revista Brasileira de Bioética, Volume 2 - número 2 –157-15, 2006.

RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias. 4ª Ed. Organização, tradução e apresentação de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración española*. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. p. 18

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación ao Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

_____. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política crimina nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 49 – 52

WYMAN, Max. Comments on Juvenile delinquency. Board of Review Provincial Courts, Report 3, Alberta, 1977.