

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS FILHO

**GARANTISMO NO DIREITO PENAL JUVENIL E JUSTIÇA
RESTAURATIVA: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO
DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.**

Salvador

2017

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS FILHO¹

**GARANTISMO NO DIREITO PENAL JUVENIL E JUSTIÇA
RESTAURATIVA: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO
DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador

2017

¹ Bacharel em Direito – Universidade Jorge Amado ; Pós-graduando em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito.

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS FILHO

**GARANTISMO NO DIREITO PENAL JUVENIL E JUSTIÇA RESTAURATIVA:
INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

“Não necessariamente responsabilizar-se é algo da ordem da obrigação a cumprir, que caberia a todos, mas do processo pelo qual alguns, vários ou muitos adquirem compromissos crescentes com a existência dos outros, fazendo caber em suas vidas o risco e a incerteza, ao invés de buscar garantias. Trata-se de algo da ordem do engajamento, do envolvimento com o outro, a ponto de tornar-se paulatinamente mais implicado com a existência em conjunto.” Martinho Silva

RESUMO

A proposta deste trabalho foi desenvolver uma análise acerca da possibilidade de consolidação da incidência do paradigma da Justiça Restaurativa no processo de execução das medidas socioeducativas, sob o alicerce do Garantismo no Direito Penal Juvenil. Para tanto, buscou-se compreender os motivos que desencadearam o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes, desde a etapa da indiferença até a etapa garantista. De forma complementar, uma análise da lei 12.594/2012 que instituiu o SINASE, marco jurídico de regulamentação da execução das medidas sócioeducativas no Estatuto da Criança e do Adolescente, com previsão expressa da prioridade de práticas restaurativas. A Justiça Restaurativa (JR) apresenta uma nova concepção na resolução de conflitos, propondo um olhar voltado em priorizar as necessidades da vítima, bem como a assunção da responsabilidade pelo adolescente infrator. Nesse contexto, utiliza-se para tanto, de uma pesquisa de natureza aplicada, dirigida a uma análise sobre a evolução dos direitos fundamentais, outrora negados às crianças e adolescentes. O procedimento utilizado foi pesquisa bibliográfica, a partir de doutrina especializada em direito penal juvenil, artigos de periódicos e, também, referenciais bibliográficos que norteiam questões de natureza jurídica e sociológica, fundamentais para uma melhor compreensão do fenômeno da violência juvenil. Assim, com base nessas premissas, primou-se pelo desenvolvimento de um raciocínio dedutivo, com o propósito de consolidar uma opinião acerca do tema estudado.

Palavras chave: Direito Penal Juvenil. Garantismo. Medidas Socioeducativas. Responsabilização. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

The purpose of this study was to develop an analysis about the possibility of consolidating the incidence of the Restorative Justice paradigm in the process of implementing socioeducational measures, based on Garantism in juvenile criminal law. In order to do so, we sought to understand the reasons that triggered the principle of integral protection of children and adolescents, from the stage of indifference to the garantista stage. In addition, the edition of Law 12,594 / 2012, which established SINASE, a legal framework regulating the implementation of socio-educational measures in the Child and Adolescent Statute, expressly predicting the priority of restorative practices. The Restorative Justice (JR) presents a new conception in the resolution of conflicts, proposing a view aimed at prioritizing the needs of the victim, as well as the assumption of responsibility for the offending adolescent. In this context, a research of an applied nature, aimed at an analysis of the evolution of fundamental rights, once denied to children and adolescents, is used. The procedure used was a bibliographical research, based on specialized doctrine in juvenile criminal law, articles of periodicals and bibliographical references that guide questions of juridical and sociological nature, fundamental for a better understanding of the phenomenon of juvenile violence. Thus, based on these premises, it was based on the development of a deductive reasoning, in order to consolidate an opinion about the subject studied.

Keywords: Juvenile Criminal Law. Garantismo. Socioeducational measures. Accountability. Restorative Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O GARANTISMO NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL	12
2.1 Do Direito Penal Juvenil Garantista.....	19
2.1.1 Princípios especiais do Direito Penal Juvenil.....	22
2.1.2 A inimputabilidade penal do Adolescente.....	24
2.1.3 Natureza jurídica do Ato Infracional.....	26
2.2 Etapas da evolução do Garantismo Juvenil - da Indiferença a Proteção Integral.....	28
2.2.1 Etapa da Indiferença.....	29
2.2.2 Etapa Tutelar.....	32
2.2.3 Etapa Garantista.....	37
3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	41
3.1 Medidas de proteção.....	43
3.2 Medidas socioeducativas	44
3.2.1 Natureza Jurídica das medidas socioeducativas	44
3.2.2 Das medidas socioeducativas em espécie	47
3.3 Do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo- SINASE.....	53
4. JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	58
4.1 Contexto histórico da Justiça Restaurativa no Direito Penal Juvenil.....	59
4.2 Concepções acerca da justiça restaurativa no direito penal juvenil	63
4.3 Princípios fundamentais da Justiça Restaurativa no contexto garantista.....	68
4.4 Modelos de praticas restaurativas e as Medidas Socioeducativas	69
4.5 Precedentes da Justiça Restaurativa no sistema socioeducativo brasileiro	73
4.6 A Justiça Restaurativa e as Medidas Socioeducativas	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERENCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo contribuir para a consolidação da incidência da Justiça Restaurativa na aplicação das medidas socioeducativas conforme estabelecido pela Lei 12.594/2012 que instituiu o SINASE. A Justiça Restaurativa propõe um olhar voltado em priorizar as necessidades da vítima, mas sem perder o foco no agressor, internalizando o sentido de sua responsabilidade, prevenindo novos atos infracionários, independente das medidas sancionatórias aplicadas em face do ato lesivo praticado.

O Princípio da Proteção Integral, corolário de uma especial proteção dos direitos fundamentais e individuais das crianças e adolescentes, encontra-se consubstanciado pela Constituição Federal, e fundamentado nas garantias e preceitos instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, faz-se necessário a observância do Garantismo no Direito Penal Juvenil quando da apuração da autoria e materialidade do ato infracionário envolvendo adolescentes, como forma de delimitar o poder punitivo do Estado.

Não obstante ao preconizado, é dever do Estado a garantia aos adolescentes da aplicação dos princípios constitucionais e processuais penais, como também, o respeito à normativa infraconstitucional e internacional em relação aos direitos fundamentais e individuais inerentes às crianças e aos adolescentes. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica realizada em obras de especialistas na dogmática infantojuvenil.

Assim, imperiosa a necessidade de consolidação de um verdadeiro processo legal em matéria penal de adolescentes, posto que, o adolescente tem o direito de não ser obrigado a prestar testemunho ou declarar-se culpado em qualquer fase da apuração do ato infracional, ocorrências corriqueiras nas Varas da Infância e Juventude.

Nesse compasso, inferi-se que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha consignado na doutrina, como na legislação pátria o Princípio da Proteção Integral ao público infantojuvenil, verifica-se ainda, em algumas situações, o desrespeito aos direitos fundamentais, individuais e processuais, assim como ao Estatuto, e a Lei 12.594/2012, que regulamenta a aplicação das medidas socioeducativa ao adolescente acusado de cometer ato infracional.

A despeito da proteção ao adolescente, a internação constitui medida privativa da liberdade e se sujeita aos princípios de **brevidade, excepcionalidade** e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121 ECA). Na contemporaneidade exige-se o devido processo legal, com prova suficiente, não se admitindo apenas a confissão isolada, nos termos da Súmula 342 do STJ, *ipsis litteris*, “No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.”

Nesse compasso, impõe-se uma breve exploração do tema, retratando a história da trajetória do direito penal aplicado à criança e ao adolescente, desde o período da etapa da Indiferença até hodiernamente o ‘Garantismo’, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importa, também, desenvolver reflexão acerca da Justiça Restaurativa, seus princípios e diversos procedimentos e práticas restaurativas, como proposta de instrumentos ampliativos para a efetivação das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, numa perspectiva de nova percepção de responsabilização do adolescente infrator.

No Brasil, a criança e o adolescente, por um longo período, tiveram sua importância mitigada enquanto sujeitos de direitos, primordialmente em razão da recusa do Estado em reconhecê-los como sujeitos em peculiar fase de desenvolvimento, motivação alicerçada por um tradicional sistema penal menorista.

Inferese, neste sentido, não obstante, a incidência do Garantismo - como forma de proteger o adolescente infrator ante a ação desmedida e punitiva do Estado, anterior à Constituição Federal e ao Estatuto - no Direito Penal Juvenil, contribui de forma significativa para agregar ao adolescente quando da prática de atos reprováveis pela sociedade, as garantias penais e processuais estabelecidas no direito penal comum, porém, com as especificidades peculiares à sua condição de pessoa em desenvolvimento. Posto que, naquele, a tipicidade e a antijuricidade serão analisadas de igual forma que no direito penal aplicado ao adulto, havendo por diferente apenas o princípio da culpabilidade, que, para o adolescente infrator possui suas especificidades em razão de sua peculiar fase de desenvolvimento físico e psicológico.

Numa premissa maior, a culpabilidade, no âmbito do direito penal tradicional, é analisada por meio de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. De sorte que, no direito penal juvenil, apenas a imputabilidade não poderá ser utilizada como referencial para a configuração da culpabilidade do adolescente infrator.

Outro fator a ser ponderado é o fundamento das medidas socioeducativas, posto que, a repercussão midiática em torno dos atos infracionais, promovidos por adolescentes, desperta na sociedade uma falsa idéia de ausência de punição estatal. Esta influência da mídia, sobre a opinião pública, induz na sociedade a idéia de que o elevado grau de reincidência delitiva praticada por adolescentes se dá em razão da ineficiência do Estatuto da Criança e do Adolescente. E, que, por força da aplicação das medidas socioeducativas, os menores infratores não são punidos conforme a premissa da pena. Que no direito penal do adulto é infringir dor e sofrimento pelo desvio de conduta social, com clara tipificação prevista no ordenamento jurídico.

A priori, devem ser considerados os aspectos sociais em que os adolescentes, em regra, oriundos das periferias, estão inseridos. A ausência de políticas públicas tendentes a minorar a vulnerabilidade social, que estes adolescentes são submetidos. Assim, é relevante a necessidade de reconhecimento

e aceitação, pela Doutrina, Estado legislador, e sociedade, acerca de um novo entendimento sobre o modelo de responsabilização do menor infrator.

Essa importante proposta de responsabilização do adolescente associado à aplicação das medidas socioeducativas balizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, sem a imposição do castigo e da dor, vem sendo utilizada no país, ainda que de forma incipiente. O estudo dessa premente técnica de responsabilização é concebido pela Justiça Restaurativa para solução de conflitos no âmbito da Justiça Penal Juvenil, na perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Numa premissa de empoderamento dos agentes envolvidos, busca-se a reconstrução de uma relação social interrompida entre o agressor e o ofendido, derivada de um ato infracional cometido pelo adolescente, sem a necessidade do processo judicial penal. Desta forma, prima-se em estabelecer o consenso da assunção de responsabilidades e reparação do dano pelo agressor, como pressuposto para o reconhecimento do mal causado à vítima.

Assim, atribuem-se um caráter menos punitivo e retributivo da justiça tradicional, e mais restaurador, na solução dos conflitos pela via restaurativa. Corroborando, desta forma, com a proposta pedagógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, face a ideia de coresponsabilização da comunidade, e, em especial o reconhecimento do infrator pelo dano causado a vítima e a própria comunidade.

Nesse entendimento, busca-se contribuir para a uma melhor percepção do modelo alternativo de responsabilização do adolescente, por meio da Justiça Restaurativa. Agregando valores do Garantismo no Direito Penal Juvenil. Fortalecendo, assim, os preceitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em garantia aos direitos fundamentais inerentes à pessoa, em especial, aquelas em fase de desenvolvimento. O empoderamento dos atores envolvidos no ato infracional- autor, vítima e comunidade- conduz a restauração dos

laços afetivos, além de oportunizar ao adolescente infrator a real ressocialização comunitária, necessário para o restabelecimento da paz social.

Este trabalho está estruturado em cinco capítulos. O primeiro capítulo apresenta uma nota introdutória sobre o objeto de desenvolvimento do estudo; o segundo trata da evolução do Garantismo no sistema de responsabilização juvenil, registrando suas etapas, características, e fundamentos; o terceiro capítulo busca consignar parâmetros das medidas de proteção e medidas socioeducativa previstas no ECA ; o quarto trata da Justiça Restaurativa, seus princípios, pressupostos e algumas metodologias aplicadas, além de uma análise da justiça restaurativa no contexto das medidas socioeducativas; o quinto capítulo apresenta as considerações finais sobre a importância da Justiça Restaurativa no âmbito da execução das medidas socioeducativas. Assim como, a incidência do Garantismo no Direito Penal Juvenil como forma de reduzir a arbitrariedade do Estado na aplicação das medidas socioeducativas impostas ao adolescente em caso de cometimento de ato infracional, preponderando por uma ressocialização mais substancial.

2 O GARANTISMO NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL

A ciência jurídica contemporânea traz uma importante discussão sobre a vigência de uma legislação específica que garanta aos adolescentes envolvidos em ato infracional, os princípios constitucionais e processuais penais com base em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Não por acaso, percebe-se a insurgência de correntes doutrinárias que coadunam com o entendimento da existência de um Direito Penal Juvenil, capaz de assegurar à criança e ao adolescente uma responsabilização penal especial, compatível com sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A incidência do Garantismo no sistema de responsabilização penal juvenil deve ser entendido à primeira vista como forma de assegurar a efetividade dos direitos normativos impostos, não só pela Constituição Federal, mas também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Faz-se necessário a observância dos princípios, regras e postulados, quando da verificação da autoria e materialidade da infração penal praticada, em especial, no âmbito infantojuvenil. Desta forma, primasse pela correição de práticas ilegais pelo poder público quando apresentação do adolescente acusado de prática de ato infracional ao juiz da Vara da Infância e Juventude, onde têm sua liberdade negociada², conforme exposto por Feller (2015) “crianças e adolescentes presos em São Paulo são abertamente coagidos a confessarem delitos. E o pior: por juízes de Direito e promotores de Justiça”.

Ferrajoli (2014, p.785-787) trás três acepções da palavra “Garantismo” dentre as quais podemos destacar um primeiro significado;

“garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a

² Consulte artigo de Marcelo Feller em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/marcelo-feller-prender-confessar-rotina-varas-infancia>.

liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos á função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.[...]. Uma constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeito de técnicas coercitivas- ou seja, de garantias- que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

Em um segundo significado:

“garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais(tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica- que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade(e invalidade) das segundas.

Conforme o terceiro significado:

“garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste ultimo sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Desta forma, depreende-se das palavras de Ferrajoli que, não basta que os direitos estejam proclamados na Constituição, ou no ordenamento infraconstitucional, se não há coerência entre a prática e o expresso na normativa. Assim, crianças e adolescentes, destinatários de tais proteções, destituídos dos direitos consignados pelo ordenamento, quando da verificação de práticas de atos infracionais, verifica-se a necessidade da observância do garantismo no sistema de responsabilização penal juvenil, como forma de validade da efetividade de seus direitos enquanto pessoas em especial fase de desenvolvimento.

Conforme será exposto, a Doutrina da Situação Irregular compulsionou o caráter tutelar da legislação e a idéia de criminalização da pobreza. Seus

destinatários foram crianças e jovens considerados em situação irregular. Assim, caracterizados como objeto potencial de intervenção dos Juizados de Menores, sem que fosse feita qualquer distinção entre menor abandonado e delinqüente. Nesta condição de menores em situação irregular enquadravam-se tanto os infratores quanto os menores abandonados.

Impende ressaltar que às crianças e adolescentes, eram-lhes negadas todas as garantias dos sistemas jurídicos do Estado de Direito, praticando-se verdadeiras violações, e concretizando-se a criminalização da pobreza e a institucionalização da questão social na órbita do Direito do Menor. Por fim, negavam-se aos menores os direitos fundamentais de liberdade e igualdade.

Nesse diapasão, percebe-se que crianças e adolescentes, antes da Constituição Federal de 1988, sempre estiveram subjugados e desrespeitados em seus direitos fundamentais. Eram submetidos às regras do direito penal dos imputáveis, tal quais os adultos. Contudo, para estes, eram observados os princípios do processo penal, enquanto aqueles eram abandonados à própria sorte, coisificados e despídos de qualquer proteção Institucional.

A normativa estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente convergiu para a admissibilidade de uma nova categoria de direito penal, específico para adolescentes incurso em ato infracional. A Lei 8.069/90 – ECA, foi caracterizada pelo princípio da proteção integral que determina tratamento diferenciado à criança e ao adolescente.

Um sistema de responsabilidade penal juvenil construído sob a ótica da proteção integral implica o reconhecimento, além das garantias específicas ao ramo da justiça infanto-juvenil, de todas as garantias previstas para os adultos autores de ilícitos penais, porquanto se traduz em direitos e garantias que se estendem a todos os cidadãos, independentemente de sexo, idade, cor, raça, credo e situação econômica. (DALCIM, 2007,p.22)

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um sistema tríplice de garantias: as Políticas básicas (prevenção primária), art. 4º do ECA; as Políticas de proteção especial (prevenção secundária), arts.101, 129, 23 parágrafo único, e 34,

do ECA; e as Políticas sócio-educativas (prevenção terciária), arts 112 e 129 do ECA, como medidas protetivas capaz de exercer o controle social preservando os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Assim como consigna um novo entendimento sobre a responsabilização penal do adolescente infrator, ante a aplicação das medidas sócioeducativas com viés primordialmente pedagógico, sem, contudo, esquecer o caráter retributivo da sanção.

A lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, em seu art. 35, consigna princípios garantidores das normas processuais penais, como alicerces das garantias e proteção estabelecidas aos adolescentes, quando da aplicação das medidas socioeducativas, como forma de salvaguardá-los das arbitrariedades do poder estatal. São eles: legalidade, excepcionalidade da intervenção judicial, proporcionalidade, mínima intervenção, brevidade da medida, individualização, não discriminação, entre outros.

Nesse contexto, com o objetivo de garantia dos direitos processuais e substantivos à criança e ao adolescente, o legislador pátrio adotou como fundamento supremo o Princípio da Dignidade Humana, na perspectiva de conferir-lhes prioridade absoluta.

Segundo Kant, citado por Sarlet (2010, p.37) “ a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade humana”.

Ainda, sob o prisma do Princípio da Dignidade Humana, Sarlet (2010, p. 126) a respeito, afirma que:

o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Nesse compasso, verifica-se que o Princípio da Dignidade Humana estabelece a proteção integral da criança e do adolescente contra as arbitrariedades do Estado, outrora tão expressivas, limitando o seu poder punitivo, e estabelecendo, com base no direito penal comum, a garantia da adoção dos princípios processuais penais quando do cometimento de infração penal pelos adolescentes.

Dentro da lógica garantista instituída pelo ECA, a responsabilização do adolescente pelo ato infracional deve ser feita nos exatos limites da lei, vedando-se a flexibilização restritiva das garantias ou a analogia *malem partem*. Admite-se, apenas, a flexibilização para expandir o alcance das garantias ou a analogia *bonam partem*, isto é, utilização de disposições legais que tragam benefícios ao adolescente. (CONANDA, 2006 p.27)

De forma brilhante, Sotto Maior prefaciando Digiácomo (2013), aduz que:

é fundamental a intervenção de todos no sentido da existência de políticas públicas capazes de fazer das crianças e adolescentes efetivamente sujeitos de direito, garantindo-se a plena *efetivação* de seus direitos fundamentais, com a mais *absoluta prioridade*, tal qual preconizado de maneira expressa pelo art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.069/1990, como reflexo direto do *comando supremo* emanado do já citado art. 227, *caput*, de nossa Carta Magna.

O Código de Menores e a Doutrina da Situação Irregular, foram integralmente superados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, à medida que, este, impõe ao Estado o dever de observância das regras da proteção integral, do devido processo legal, bem como a criação de políticas públicas voltadas a sedimentar os direitos infantojuvenis, preconizados pela Constituição Federal de 1988.

Observa-se que, aos adolescentes, não obstante o tratamento específico à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento deve ser assegurado o acesso à saúde, educação, lazer, profissionalização, à cultura, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar, fundamentado no respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano. Somente com a garantia de respeito aos direitos

sociais e individuais da criança e do adolescente é possível a inclusão social e estabelecer-lhes uma condição de cidadania.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou uma relação de direito e dever, advertindo a sociedade acerca da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente, estabelecendo um novo conceito de responsabilidade juvenil.

Quanto ao modelo de responsabilidade juvenil, Sposato (2013, p. 56) assevera que:

O Modelo de Responsabilidade se caracteriza pela combinação entre o educativo e o judicial. O carácter educativo se deve ao conteúdo das medidas que, em que pese serem responsabilizantes, devem ter por objetivo precípua a educação. Já o aspecto judicial se comprova pela semelhança com a justiça penal de adultos, pois se exige um processo contraditório no qual a defesa (advogado do adolescente) e a acusação (Ministério Público) intervêm, reconhecendo-se também aos menores de idade o princípio da presunção da inocência, dentre outras garantias clássicas.

Nesse compasso, parte da doutrina entende ser cabível o Direito penal Juvenil, como um subsistema do Direito Penal, alicerçado no Garantismo jurídico, que possa dispensar ao adolescente um novo paradigma de responsabilização penal juvenil - com normativas específicas, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento - resultado dos atos por ele praticado em descompasso às regras de convivência. O Direito Penal Juvenil está fundamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Souza (2013) propõe a viabilidade da admissão da existência do Direito Penal Juvenil e o transporte dos princípios do direito penal para esse subsistema.

Na esteira de João Batista Costa Saraiva (apud Souza, 2013),

Há que existir a percepção que o Estatuto impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas à

interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do Direito Penal, do garantismo jurídico, e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os Direitos de Cidadania.

A existência de três segmentos distintos - sistema tríplex de garantias-, mas interdependentes ao mesmo tempo, de políticas públicas, confere um sistema Socioeducativo ao Estatuto da Criança e do Adolescente numa inter-relação com o Direito Penal Juvenil. Devendo este, apenas incidir, incisivamente, no momento em que: as Políticas básicas (prevenção primária), art. 4º do ECA; as Políticas de proteção especial(prevenção secundária, arts.101, 129, 23 (parágrafo único, e 34, do ECA; e as Políticas socioeducativas (prevenção terciária), arts 112 e 129 do ECA, não forem suficientes como medidas protetivas e capaz de exercer o controle social preservando os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Segundo Saraiva (apud DALCIM, 2007, p. 19):

“Este tríplex sistema, de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas), opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança e o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça (Polícia/Ministério Público/Defensoria/Judiciário/Órgãos Executores das Medidas Socioeducativas).”

Sob esta ótica, o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece expressivas possibilidades de garantias e proteção infatojuvenil quando do cometimento de práticas antissociais. Considerando que a maior incidência de jovens infratores ocorre em comunidades carentes, a atuação do Estado com a efetivação de políticas públicas consubstanciaria a prevenção primária, que de forma eficaz deslegitimaria a necessidade da aplicação de medidas socioeducativas mais graves.

Analisando o sistema de garantias (DALCIM 2007, p.20) assevera que:

No topo do sistema de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a *ultima ratio* dos direitos infanto-juvenis, portanto, está o sistema socioeducativo, somente acionado quando uma conduta descrita na legislação como crime ou contravenção penal é praticada por um adolescente. O sistema socioeducativo representa, sem sombra de dúvidas, um sistema de responsabilização de adolescentes enquanto vitimizadores, o Direito Penal Juvenil.[...]sistema socioeducativo, fundado em três princípios basilares – a separação, a participação e a responsabilização. Separação, porque não se confundem conflitos de natureza social com os conflitos de caráter penal; participação, porque aos infratores é conferido o direito de formar uma opinião e expressá-la livremente; e responsabilização, porque da prática de uma conduta descrita na legislação penal emana a necessidade de ver-se o autor do ilícito penalmente responsabilizado, de maneira que venha, após refletir sobre seu ato e as conseqüências deste, a reajustar seus procederes em conformidade com as regras de convivência.

Nesse sentido, em breve aporte sobre o paradigma da Justiça Restaurativa, e acompanhando a locução de Dalcim, o sistema socioeducativo coaduna perfeitamente com os alicerces desse modelo de Justiça por meio de práticas restaurativas, quanto à responsabilização do adolescente como forma de assunção das conseqüências jurídicas em razão do ato antissocial praticado, reconhecendo o seu papel na comunidade.

Legitimando a tendência garantidora dos direitos juvenis, cada vez mais presente quando da verificação da autoria e materialidade do ilícito praticado por adolescente, o Direito Penal Juvenil já se apresenta regulado por regras especiais, insculpido nos princípios constitucionais e processuais, mas, com total aderência aos preceitos estabelecidos pela Lei 8.069/90, e as normativas da Lei 12.594/2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que será analisado posteriormente.

2.1 Do Direito Penal Juvenil Garantista

O sistema jurídico penal comum sempre esteve incumbido de perfazer o jus puniendi do Estado, em matéria de infrações penais praticadas pelos adolescentes. O Direito penal comum, pautado na prevenção geral e especial como forma de controle social, sempre operou no viés punitivo e retributivo das infrações penais, inclusive em matéria infantojuvenil. Com o advento da constitucionalização dos

direitos da criança e do adolescente passou-se a consolidar o direito penal juvenil, como um direito especial em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, pode-se dizer que as medidas socioeducativas preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm natureza penal juvenil.

Segundo Saraiva (apud BARBOSA, 2013, p.98)

Tem, pois, a medida socioeducativa uma natureza penal juvenil. Penal enquanto modelo de responsabilização, limitado pelas garantias expressas no ordenamento jurídico. Juvenil enquanto legislação especial, nos termos expressos pelo art. 228 da Constituição Federal, com nítida finalidade educativa, sem desprezar sua evidente carga retributiva e conseqüente reprovabilidade da conduta sancionada

Na mesma linha,

Nas lições de Higuera Guimerá trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva em seu aspecto educativo. Claus Roxin, na obra **Derecho Penal – Parte General**, assinala que não pelo âmbito das normas tratadas, mas sim pela classe especial de autor, o Direito Penal juvenil se converte em um campo de Direito próprio. Trata dos delitos cometidos por menores de idade e suas conseqüências (parcialmente penais), contendo preceitos especiais de Direito material e processual. No tocante às diferenciações entre o Direito penal de adultos e o Direito penal juvenil, destaca-se que repousam apenas no sistema de conseqüências jurídicas, e em alguma medida a depender do ordenamento jurídico em questão, em aspectos relativos às regras de autoria e participação, tentativa, desistência, atos preparatórios, erro, imprudência, e eximentes. (SPOSATO, 2011)

Nesse contexto, depreende-se que o Direito Penal Juvenil está intrinsecamente associado ao Direito Penal de adulto, mas com ampla possibilidade de se constituir em um Direito específico, com características próprias, em razão das especificidades da categoria do autor.

Sposato (2013, p.59) considera o Direito penal juvenil, presente no texto do Estatuto, como:

a *Ultima Ratio* do Sistema de Justiça da Infância e Juventude. Seu caráter fragmentário se verifica por sua incidência restrita aos fatos tipificados como delitos, chamados na lei de atos infracionais, que, por sua parte, tal qual os

tipos penais, têm por objetivo a proteção de bens jurídicos. Ademais, o caráter subsidiário da matéria penal se vê reforçado pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas

João Batista Costa Saraiva (apud DALCIM, 2007, p.21) refere que esse sistema de responsabilização, que ele denomina de Direito Penal Juvenil, *“está insito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, e seu aclaramento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei”*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer em seu Título III, o conceito de ato infracional, a inimputabilidade aos menores de 18 anos, os direitos individuais, as garantias processuais, bem como as medidas socioeducativas, reporta-se a um direito penal juvenil garantista quando do tratamento de infração penal cometida por adolescente, não desvirtuando a natureza de matéria penal na caracterização do ato infracional.

Assim, além do fato de que apresenta diferenças iniciais em relação às conseqüências jurídicas do ato praticado, tem-se que, primeiramente, o adolescente é penalmente inimputável, e em conseqüência, não comete crime, mas, ato infracional. Segundo, a sanção aplicada aos adolescentes, pelo Estado, não é pena, mas, medidas socioeducativas, e , quando se tratar de crianças, serão medidas protetivas, para atos contrários ao ordenamento jurídico.

Para alguns autores, como Claus Roxin, a ciência penal é composta por diversas disciplinas, entre as quais se destaca o direito penal juvenil. Segundo o autor:

“Não pelo âmbito de incidência das normas tratadas, senão que pela especial classe do autor, o direito penal juvenil converte-se num campo autônomo de direito. Trata dos delitos dos jovens(...) e suas conseqüências(só parcialmente penais) (...) contém preceitos especiais de direito material, processual, de dosimetria da pena e de execução penitenciária para menores(...), e, portanto, aos efeitos de sistemática

jurídica, deve enquadrar-se parcialmente em todas as disciplinas antes indicadas(...). O direito penal moderno não é imaginável sem uma constante e estreita colaboração de todas as disciplinas parciais da 'ciência do direito penal'"

Seguindo tal concepção, ao tratar especificamente do Título III da Lei 8.069/1990, trata-se do direito penal juvenil brasileiro, que integra o ordenamento jurídico brasileiro como disciplina da ciência penal. (SPOSATO, 2006,p.64)

Nesse viés, pode-se considerar o Estatuto da Criança e do Adolescente como um Direito Socioeducativo, um Direito Especial, para uma categoria de pessoas em situação especial, em situação de tratamento jurídico diferenciado do tratamento dispensado ao adulto por uma questão de presunção legal da efetiva existência de uma situação de fato também diferenciada. "Um Direito com matriz constitucional e instituidor de uma autonomia relativa porque com evidentes e necessárias interfaces com outros ramos do conhecimento jurídico".(KONZEN, 2007)

A Constituição Federal conferiu ao segmento infante juvenil da sociedade, um arcabouço de garantias individuais e fundamentais, que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente se consolidou. Esse subsistema penal infracional, apto a estabelecer ao Direito Penal Juvenil, um direito especial e essencial para fortalecer, uma concepção de responsabilização penal juvenil diversa da outrora estabelecida pelo direito penal comum.

2.1.1 Princípios especiais do Direito Penal Juvenil

Conforme já exposto, o direito penal juvenil está insculpido na normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente que institui o princípio da proteção integral. E, assim, por correlação, os princípios do direito penal e processual comum estão consignados nesta normativa.

Assevera Ishida(2015,p.279) que:

Dentro da adoção da doutrina da proteção integral e contrapondo-se ao anterior direito da situação irregular, o procedimento para o “adolescente em conflito com a lei” passou a possuir regras mais claras que garantissem o direito à ampla defesa e ao contraditório do adolescente

Na brilhante lição de Ferrajoli(2014)

O conjunto de garantias penais examinadas no capítulo precedente seria totalmente insatisfatória se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais, expressas por princípios que respondem as nossas duas últimas perguntas, “quando” e “como julgar”: a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusado, o ônus acusatório da prova e o direito de acusado à defesa. Em síntese, tanto as garantias penais como as como as processuais valem não apenas por si mesmas,mas, como garantia recíproca de efetividade.

Os princípios estabelecidos no Direito Penal Juvenil, que integram o Estatuto da Criança e do Adolescente, estão em plena consonância aos princípios penais e processuais penais estatuídos no Direito Penal comum. Contudo, o referido Estatuto, vigilante da proteção infantojuvenil, atento a necessidade de estabelecer uma proteção integral aos destinatários de sua normativa, instituiu princípios específicos garantidores dos direitos fundamentais e individuais das crianças e dos adolescentes. São os princípios fundamentais do direito penal juvenil:

a) Princípio da condição Peculiar de pessoa em Desenvolvimento

Este princípio reconhece as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, e está previsto no art.6º do Estatuto da criança e do Adolescente, assim está disposto: “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”.

Seu significado é tremendamente importante, na medida em que supera a categoria da menoridade e, por conseguinte, a desqualificação de crianças e adolescentes como seres inferiores. O conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de toda a pessoa humana decorrente de sua dignidade. E a dignidade, por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres". (SPOSATO, 2006,p.105)

Assim, este princípio, traz uma conotação totalmente diferente à que era atribuída à criança e ao adolescente, antes da Constituição Federal de 1988, visto que eram coisificados, ou seja, desprovidos de todas as garantias inerentes à pessoa humana. Reconhece sua condição de ser humano em especial fase de desenvolvimento e carecedor de garantias especiais.

b) Princípio do melhor Interesse do Adolescente

Da melhor forma, está previsto em toda a parte geral do Estatuto, e estabelece o melhor interesse da criança e do adolescente como forma de proteção contra as arbitrariedades e abusividade do poder punitivo estatal. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente podem ser bem-sucedidas em que ambos funcionem como limitadores à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas de liberdade. (SPOSATO, 2006)

Nesse sentido, para que o princípio da proteção total se perfaça por completo é necessário que todos os demais princípios, e garantias penais estejam em consonância plena, garantindo, assim, às crianças e aos adolescentes a mais ampla cadeia de proteção contra o poder sancionatório arbitrário do Estado.

2.1.2 A inimputabilidade penal do Adolescente

Doravante a questão da inimputabilidade penal do adolescente ter surgido muito antes dos antigos Códigos de Menores, restou ter se consolidado na atual Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O critério cronológico para a determinação da idade de imputabilidade penal é consagrado pela Constituição Federal, Código Penal, e pela Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, todos fixando-a em dezoito anos de idade. Tal critério não retira a responsabilidade do adolescente pelo cometimento de ato infracional, por conseguinte, não impede que sejam aplicadas as medidas socioeducativas.

Segundo Souza (2013, p.7)

os adolescentes são inimputáveis frente à legislação penal comum, mas respondem por seus atos com base nas normas disciplinadas no ECA. Daí decorre a semelhança da responsabilização do adolescente por meio do estatuto, com a responsabilização do adulto perante a legislação penal, podendo-se, então, falar na existência de um direito penal juvenil.

Portanto, o adolescente motivado pela norma, apesar de inimputável, ele pode, sim, ser responsabilizado por seus atos, por meio do ECA, que inseriu em nosso ordenamento o direito penal juvenil.

A Constituição Federal em seu art. 228, o Código Penal, art. 27 (inimputabilidade penal), e o ECA no art. 104, vedam a aplicação da pena às pessoas com idade inferior a 18 anos. A inimputabilidade penal expressa na Constituição e no Código Penal, não deslegitima a imputação da responsabilidade ao adolescente pelo ato infracional praticado.

Sobre ato infracional e culpabilidade, Sposato (2006, p.114) assevera que “O ato infracional corresponde a um fato típico e antijurídico previamente descrito como crime ou contravenção penal. Impõe a prática de uma ação ou omissão e a presença da ilicitude para sua caracterização”.

A culpabilidade, por sua vez, é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito. Os elementos que integram a culpabilidade, tais como reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude, são imprescindíveis para a existência do ato infracional. A

verificação da culpabilidade é o que confere legitimidade à imposição de uma medida em prejuízo da outra, ou seja, a análise da culpa individual permite a escolha da medida mais adequada ao caso concreto. (SPOSATO, 2006. p. 114)

Numa premissa maior, a culpabilidade, no âmbito do direito penal tradicional, é analisada por meio de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. De sorte que, no direito penal juvenil, apenas a imputabilidade não poderá ser utilizada como referencial para a configuração da culpabilidade do adolescente infrator, dado a sua proteção Constitucional e infraconstitucional que os consideram inimputáveis.

Queiroz (2016. p. 369) entende que:

A culpabilidade é assim um juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, em razão de lhe ser possível e exigível, concreta e razoavelmente, um comportamento diverso, isto é, conforme o direito, motivo pelo qual pode-se dizer que culpabilidade é exigibilidade e inculpabilidade é inexigibilidade.

Desta forma, para a configuração do ato infracional, apto a ensejar a aplicação da medida socioeducativa, são necessários a verificação da tipicidade do fato, sua ilicitude e culpabilidade, este último referente à reprovabilidade da conduta praticada e a consciência da ilicitude. Posto que, no direito penal juvenil, a tipicidade e a antijuricidade serão analisadas de igual forma que no direito penal aplicado ao adulto, havendo por diferente o princípio da culpabilidade, que, para o adolescente infrator possui suas especificidades em razão de sua peculiar fase de desenvolvimento físico e psicológico.

2.1.3 Natureza jurídica do Ato Infracional

O Código de Menores, anterior ao estatuto da Criança e do Adolescente, já estabelecia que os menores de 18 anos autores de infração penal fossem encaminhados imediatamente à autoridade judiciária, ou seja, a pessoa até dezoito

anos de idade que praticasse infração penal receberia de imediato uma sanção do Estado.

A partir da CF/88 e do ECA, com o objetivo de desconstituir o caráter pejorativo do termo “menor”, ao qual atribuíam-lhes como conotação de pobreza, mendicância, periculosidade etc , passou-se a chamá-los de criança e adolescentes.

Noronha (apud LIBERATI, 2010, p.110) ensina que “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”. Para LIBERATI (2010,p.111) “A contravenção penal é ato ilícito menos importante que crime, e que só acarreta a seu autor a pena de multa ou prisão simples”. De qualquer forma, o Estatuto englobou em uma só expressão, ato infracional, a prática de crime e contravenção penal por criança ou adolescente.

A expressão infração penal foi substituída por ato infracional para se referir ao crime ou contravenção penal, estabelecido pelo art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Observa-se que crime e contravenção penal são espécies do gênero infração penal. O referencial para a distinção entre eles se dá pela sanção aplicada pelo Estado em razão do tipo penal, cuja previsão legal está expressa no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

Art. 1º Considera-se crime e infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Conforme exposto, para a configuração do ato infracional praticado por adolescente, são necessários a verificação da tipicidade do fato, sua ilicitude e culpabilidade, este ultimo referente á reprovabilidade da conduta praticada e a consciência da ilicitude.

Noutro giro, a título comparativo, há de se perquirir que o ato infracional não está adstrito á conduta antissocial praticada pelo adolescente. Há a possibilidade, ainda de aplicação da medida socioeducativa, em adultos, com base no art. 28 da Lei 11.343/06, lei Antidrogas, que descriminalizou a posse de drogas para consumo próprio, cabendo, ai, tão somente a aplicação das medidas socioeducativas que buscam conscientizar os usuários acerca dos efeitos nocivos das substâncias entorpecentes.

Nesse diapasão, o ato infracional, insculpido especialmente na normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser tido como uma terceira espécie do gênero infração penal, estabelecendo, assim, uma divisão tricotômica, em substituição à divisão dicotômica do sistema penal no Brasil.

2.2 Etapas da evolução do Garantismo Juvenil - da Indiferença a Proteção Integral

Durante muito tempo a ciência jurídica e o Estado legislador estiveram com suas percepções obscurecidas em relação aos direitos da criança e do adolescente, ou melhor, estes nunca tiveram sua importância reconhecida como sujeitos de direitos.

As regras penais impostas aos adolescentes eram, e talvez continuem sendo, idênticas as aplicadas aos adultos. Evidente que, conforme registros históricos, crianças e adolescentes nunca estiveram aptos a despertar o interesse da doutrina jurídica penal e do Estado legislador, para que lhes conferissem a tutela estatal baseada nas garantias de seus direitos fundamentais por meio de uma política criminal com vistas a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Uma breve análise histórica acerca das legislações sobre crianças e adolescentes é de fundamental importância, pois, houve uma grande influencia do

Direito Penal Internacional na evolução das legislações penais e processuais brasileira.

No Brasil, do período Imperial até a promulgação da Constituição cidadã de 1988, as legislações pertinentes ao tema, são divididas em correntes jurídico-doutrinárias, quais sejam, a Doutrina do Direito do Menor (etapa da indiferença), a Doutrina Jurídica da Situação Irregular (etapa tutelar) e a Doutrina Jurídica da Proteção Integral (etapa garantista).

Sob a ótica das diferentes fases de responsabilização dos adolescentes, (SPOSATO 2006, p. 26) esclarece que:

[...] as primeiras legislações eram fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil. A última etapa, correspondente à entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, é significativamente distinta devido à incorporação de instrumentos para a efetivação de direitos individuais diante da família, da sociedade e do Estado.

Assim, percebe-se que, crianças e adolescentes percorreram longos e árduos períodos submetidos a legislações punitivas, e desprovidas de caráter humanitário, com desrespeito à sua condição de ser humano em peculiar condição de desenvolvimento. Em especial, a etapa indiferenciada onde o tratamento dispensado aos menores era exclusivamente retribucionista. Já a etapa Tutelar, não distanciava muito desta concepção, posto que, considerava como infratores as crianças e adolescentes desassistidos pela família e também pelo Estado.

2.2.1 Etapa da Indiferença

No período do Brasil imperial a legislação vigente era o Código Criminal do Império, promulgado em 16 de dezembro de 1830. Nesse período, na América Latina, o tratamento jurídico penal dispensado aos adolescentes tidos como delinqüentes juvenis, envoltos na criminalidade era baseado em códigos retribucionistas.

Com base nesse código, os adolescentes infratores com idade abaixo de 14 anos já gozavam da inimputabilidade quanto aos atos praticados. Já os adolescentes entre 14 e 21 anos que praticavam ato infracional não eram tratados com muita distinção em relação aos adultos infratores, apenas tinham as penas atenuadas em razão da menoridade.

Segundo Garrido de Paula (apud SPOSATO, 2006,p 31):

O Código Penal republicano de 1890 era, à época, o diploma legal que norteava a resposta estatal diante do cometimento de delitos por crianças e jovens. De acordo com seus dispositivos, os menores de 9 anos de idade eram completamente irresponsáveis por seus atos. Na faixa dos 9 aos 14 anos, a responsabilização era condicionada à demonstração do discernimento, sendo que para tal demonstração poderia bastar a ocultação dos vestígios do crime por parte da criança. O art. 30 do Código Penal da República previa o recolhimento dos infratores dessa faixa etária em estabelecimentos disciplinares.

Nesta época, surgem as Casas de Correção, locais onde os menores de 14 anos que haviam cometido infração penal e apresentavam discernimento em suas ações ficavam recolhidos. Em verdade, percebe-se que essa qualidade atribuída ao adolescente não possui um critério equânime para sua análise, cabendo à autoridade judicial sua apreciação.

Não obstante os menores de 14 anos estarem sob o manto da inimputabilidade, e assim isentos de punição pelo ato praticado, há de se perseverar que a omissão do Estado - ausência de políticas públicas que garantissem educação e assistência à saúde – contribuía de forma significativa para a continuidade delitiva daquele grupo infantojuvenil.

Desta forma, ante a ausência de políticas educativas, o recolhimento às Casas de Correção dos menores de 14 anos que apresentassem discernimento – conceito vago e muito subjetivo, pois ficava adstrito à concepção do estado-juiz – não contribuía em nada para a reinserção destes menores infratores à convivência social.

Segundo Sposato (2013, p.50)

o discernimento, por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme[...]. E continua, na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminava com a declaração do discernimento, e do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos processos terminava com a negação da existência do discernimento.

Assim, o destino do adolescente já claramente despido de seus direitos básicos dependia da forma como o juiz percebesse o seu grau de maturidade, ou melhor, da compreensão dos atos praticados, e quanto a pena seria eficaz para corrigir esse suposto desvio de conduta, sem a necessária observância dos preceitos protetivos que esses adolescentes fariam jus.

No Brasil República, surge o Código Penal Republicano inserindo algumas mudanças, comparando-se com o Código Imperial, expressa no Art. 27: Não são criminosos: §1º. Os menores de 9 anos completos; §2º. Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento. Infere-se que, entre 14 e 17 anos o discernimento seria presumido. Entre 17 e 21 anos, era aplicada a mesma pena acometida ao adulto infrator, com diferencial apenas na incidência de atenuante.

Analisando comparativamente o código Penal do Império no Brasil e o Código Penal Republicano, conclui-se que, a Etapa Penal Indiferenciada foi marcada notadamente pela presença do discernimento na análise do comportamento delitivo do menor infrator. Muito embora, tal circunstância estava condicionada à conveniência dos tribunais, com base na utilidade da pena que seria aplicada.

O despertar da consciência social sobre a necessidade de salvaguardar a integridade física de crianças e adolescente gerou severas críticas à permissiva promiscuidade, visto que, crianças, adolescentes e adultos conviviam juntos, ocupando os mesmos espaços, em estabelecimentos prisionais. Este fato teve grande repercussão, culminando num marco fundamental para as práticas sócio penais de tratamento da infância-adolescência no mundo todo. Essas transformações no tratamento penal dispensado às crianças e adolescentes contribuíram para a criação do

Tribunal de Menores nos Estados Unidos, seguidos por países europeus. No Brasil, com a instituição da Lei Federal nº 4.242/1921 pela criação do primeiro Juizado de Menores do Brasil, em 1923, no Distrito Federal, tendo como titular o magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos, e pela elaboração do primeiro Código de Menores, de 1927 (SPOSATO, 2006).

Nesse contexto, dá-se um novo passo em busca de um tratamento penal diferenciado aos menores. Surge assim, na legislação brasileira, a etapa tutelar da infância e juventude.

2.2.2 Etapa Tutelar

A etapa tutelar ou de proteção ao menor tido como delinqüente, em que estes deixaram de ser acometidos às mesmas penas impostas aos adultos pelo direito penal, surge com o Código de Menores de 1927 e posteriormente o de 1979. Durante esse período, havia o entendimento dominante de que menor abandonado era sinônimo de menor infrator, fazendo surgir a concepção de “menores em situação irregular”.

As transformações econômicas, políticas e sociais ocorridas na década de 20, ocasionaram um aumento significativo de pobreza, onde crianças e adolescentes pobres ficavam a vagar pelas ruas, ou submetidas a trabalhos degradantes. O fato desses jovens não terem acesso à escola - condição exclusiva das crianças e jovens mais abastados socioeconomicamente – acabavam por ficar a vagar nas ruas, sem a assistência e vigilância dos pais, incorriam em pequenos delitos e prática de vadiagem. Assim, eram rotulados, de forma generalizada, de pequenos bandidos.

Segundo Machado (apud BARBOSA, 2013)

A urbanização [...] gerou uma grande massa de crianças e adolescentes que não tinham acesso á nova instituição, a escola. Esse grupo de crianças não-escola, em sua grande maioria inserida muito precocemente no mercado de trabalho em condições sub-humanas de exploração, viveu por séculos em completa marginalização, em situação de fome, de elevadíssimas taxas de mortalidade, em suma, de funda miséria.(MACHADO, 2003, p.23)

Com a ascensão do capitalismo, evidenciou-se o distanciamento social entre crianças bem assistidas, pertencentes a famílias de posse, protegidas pelo viés do direito não penal, e, do outro lado, as crianças pobres, abandonadas pelas famílias e muitas vezes delinqüentes, sobre a suposta proteção estatal da legislação específica. Legislação esta que não reconhecia adolescentes como sujeitos de direito, capazes de participar e influenciar ativamente das decisões relativas à sua situação de desassistência, e ao seu estado social.

Certamente essa suposta proteção oferecida pelo Estado aos menores, em verdade era mais uma forma de controle social. Muitas dessas crianças, não eram delinqüentes, mas, por serem pobres, eram rotuladas como propensos infratores, cabendo, nesse caso, receber o mesmo tratamento dispensado aos delinqüentes. Sob o manto da assistência social proposta pelo Estado, estes menores muitas vezes eram internados em casa de assistência, sem, no entanto, receberem o tratamento socioeducacional diferenciado.

De forma impar, Martha de Toledo Machado (apud BARBOSA 2013, p.105) refere-se à legislação menorista como direito de exceção, uma vez que os Tribunais de Menores se divorciavam diametralmente das estruturas tradicionais de aplicação do Direito, estabelecendo regras de discriminação negativa, prejudiciais aos destinatários das normas, cujos interesses subordinavam-se à necessidade de defesa social.

Nesse sentido, também, Maria Isabel Calil (apud BARBOSA 2013, p.105):

“A categoria ‘menor’, primeiramente um termo classificador de uma situação específica da infância, passou a designar, antes de tudo, crianças e jovens oriundas de famílias trabalhadoras de baixa renda, que se encontravam em situação de miséria, expulsas da escola, fazendo das ruas seu **habitat** e espaço de reprodução cotidiana. Entendendo a situação do ‘menor’ como uma ‘situação de perigo’, propensa à marginalização e à criminalidade, o Código atribui uma caracterização negativa ao ‘menor’, contribuindo para uma criação da imagem de uma categoria de criança menos humana que as outras crianças, um ser inferior, uma ameaça à sociedade”.(CALI, In: OZELLA, 2003, p.142)

Nesse contexto, percebe-se que a etapa tutelar percebia o adolescente, em especial aqueles em situação de vulnerabilidade social - em estado de pobreza, ou abandono familiar- como sujeitos aptos a proteção do Estado. Situação essa que o habilitava a “tratamento” por meio da internação, independente de ter ou não praticado um ato típico e contrário ao ordenamento. Bastando para isso a constatação de o ‘menor’ estar em situação irregular.

Impende destacar que, mesmo nos casos de situação irregular, eram aplicadas as medidas de internação, impostas em desconformidade a toda e qualquer garantia processual. Tratava-se em realidade, como pretexto ao tratamento e proteção, de uma punição disfarçada, em razão da sua condição de pobreza ou abandono. Eram “julgados” como propensos criminosos. Os adolescentes muitas vezes permaneciam internados até que completassem a maioridade.

Nas palavras de Sposato (2006,p.47) “Se de um lado a menoridade estava resguardada da aplicação da lei penal comum, de outro sua situação como objeto de estudo e intervenção favoreceu o exercício do poder e do arbítrio sob o nome de doutrina da situação irregular”.

Consolidando seu entendimento, Sposato apresenta algumas disposições do revogado Código de Menores de 1979, editado pela Lei Federal 6.697, de 8 de fevereiro.O art. 1º estabelecia: Este Código dispõe sobre a 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.O artigo seguinte procurava conceituar o menor em situação irregular como:

“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 de 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.”

Aduz ainda que, diante desses artigos é possível avaliar a forte influência da doutrina da situação irregular no estabelecimento de políticas públicas para a infância e juventude, em especial para as políticas de atenção aos adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais. (SPOSATO 2006, p. 47)

Conforme pensamento de Wilson Donizeti Liberati,

O código revogado não passava de um Código Penal do Menor, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas disfarçadas em medida de proteção. Não relacionava nenhum direito a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos. Na verdade, em situação irregular estão a família que não tem estrutura e que abandona a criança; o pai, que descumpra os deveres do pátrio poder; o Estado que não cumpre suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem. (LIBERATI, 2010, p.15)

Pelo exposto, infere-se que, a Doutrina da Situação Irregular, mediante o caráter tutelar da legislação e a idéia de criminalização da pobreza, foi forjada para acobertar uma política de repressão á criança e ao adolescente, consubstanciada em total desrespeito aos direitos fundamentais e individuais, com o único objetivo de assegurar a paz social.

Em verdade, nada mais era do que uma forma de se eximir da responsabilidade social, constatada pela ausência de políticas públicas que garantissem às crianças e adolescentes pobres uma condição que atendesse suas necessidades básicas, a despeito de educação, atendimento à saúde e trabalho digno e compatível á sua condição de pessoa em desenvolvimento. Aliás, situação essa que perdurou por longas décadas.

Essa perseguição aos adolescentes baseava-se numa conjunção de qualificações negativas impostas aos menores, com lastro na periculosidade, menoridade e pobreza, com o fito de impor sanções, imputando o direito penal do autor, em razão das condições em que viviam do que pela ação praticada.

De forma peculiar Sposato (2006, p. 49) sustenta que:

O modelo tutelar da intervenção sóciopenal destinado aos adolescentes permitia não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais na imposição das medidas, como também a continuidade da institucionalização desses jovens no sistema destinado aos adultos. Assim, a lógica da correção do delinqüente era levada às últimas conseqüências pela doutrina da situação irregular, marca decisiva da etapa tutelar do direito penal juvenil.

Nesse contexto, verifica-se que as constantes internações eram desmedidas e impostas em contraposição às garantias processuais, e por tempo indeterminado. Os adolescentes permaneciam sob a atenção do Estado até que a suposta periculosidade cessasse. Tal situação resultou em uma insatisfação social ante ao sistema de responsabilização do menor.

A evolução do conceito de cidadania trouxe grandes avanços para o reconhecimento e adoção de premissas protetivas às crianças e adolescentes, sendo instituídos regramentos específicos de defesa dos direitos da infância e juventude.

Assim, começaram a emergir no Brasil, em consonância às normativas internacionais - que reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos de direito, consubstanciado em uma proteção integral em razão de sua especial fase de desenvolvimento - correntes doutrinárias em busca de conferir-lhes garantias aos direitos fundamentais e processuais penais. Surgem, nesse contexto, os primeiros passos para a etapa garantista.

2.2.3 Etapa Garantista

No Brasil, o marco para a mudança no tratamento dispensado às crianças e adolescentes, conferindo-lhes cuidados especiais e específicos em matéria de proteção em sentido amplo, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. A Carta Magna estabeleceu em seu art. 227 a proteção especial à criança, e ao adolescente assim dispondo:

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

Em brilhante análise, Lucas Coelho (apud CURY, 2013, p.17) assevera que:

os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.

O reconhecimento da necessária proteção especial à criança e ao adolescente, já fora estabelecida em Institutos internacionais, a saber: Declaração de Genebra de 1924, que determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas; a Convenção Americana dos Direitos dos Humanos (Pacto São José , 1969), em seu art. 19, “Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Tais documentos são considerados como base principiológica na elaboração do Estatuto da Criança e do adolescente.

Com a alteração da redação do art. 227 da Constituição Federal por meio da emenda constitucional nº 65 de 2010, a proteção total foi estendida aos jovens. Contudo, o ápice para a mudança na legislação até então conhecida como direito menorista, foi a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituído pela Lei 8069 de 13 de julho de 1990.

O Estatuto na prática conferiu o princípio da proteção integral ao público infante juvenil. Este princípio determina tratamento diferenciado à criança e o adolescente, bem como que a estes devem ser assegurados os acessos à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/1979), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei. (LIBERATI, 2010,p.15)

Para Luigi Ferrajoli, (apud SPOSATO, 2011, p.48) o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de direito e de democracia, e por isso o garantismo, define o autor, é:

a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe corresponde a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, sua concepção do paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos, não somente os direitos de liberdade, como também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também frente a todos os poderes, não só aos poderes públicos, mas também aos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 30 de novembro de 1989, consagra a Doutrina da Proteção Integral trazendo novos paradigmas para o trato da questão infantojuvenil. No seu art. 1º, define a criança como: *“todo ser humano menor de*

dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

O rompimento com a doutrina da situação irregular ocasionado com o surgimento da doutrina da proteção integral conferiu à criança e ao adolescente, antes considerados apenas como objetos do processo, o status de sujeitos do processo, merecedores de prioridade absoluta.

Assim, nas palavras de Gomes da Costa (apud LIBERATI, 2010):

Por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois “o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens”.

Conclui Liberati (2010, p.19)

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Pensar contrário estará reacendendo uma prática já abolida e vivenciada pelas crianças e adolescentes, em que a medida especialmente tomada pelo Juiz de Menores - sem distinção entre menores infratores e menores vítimas da sociedade ou da família, bem como da desassistência do Estado, ausência de políticas públicas - costumava ser a internação por tempo indeterminado nos grandes institutos para menores.

Enquanto não sobrevier a prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes, capaz de promover-lhes a garantia de seus direitos fundamentais e

individuais, dificilmente serão alcançadas a proteção total e a conseqüente redução da violência social a que esse público infantojuvenil são submetidos.

Nesse sentido, a negação a prioridade absoluta, bem como a proteção total às crianças e aos adolescentes estaria em total descompasso ao preconizado pela normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, fundamentado nos princípios dos instrumentos internacionais de proteção infantojuvenil.

3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi o grande marco em termos de legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, considerando que o direito brasileiro menorista transpassou por três fases: o direito penal do menor; o período tutelar, e, atualmente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o período da doutrina da proteção integral, ou período Garantista.

Quando o Estatuto se referiu ao “estado” de criança e adolescente, quis caracterizar aqueles seres humanos em peculiares condições de desenvolvimento, devendo ser, em todas hipóteses, ontologicamente respeitados. Com as expressões genéricas “criança” e “adolescente”, pretendeu o legislador não particularizar, não permitir a marginalização, a marca, o estigma, a cicatriz, o trauma. Posto que, Menor, com o sentido dado pelo antigo Código de Menores, era sinônimo de carente, abandonado, delinqüente, infrator, egresso da FEBEM, trombadinha, pivete. (LIBERATI, 2010)

O princípio da Proteção Integral, originada a partir da Convenção aprovada pela ONU sobre os direitos da criança, a qual o Brasil é signatário, estabelece a necessidade dos Estados em conjunto com a sociedade, estabelecer políticas públicas e programas locais de atendimento infanto juvenil a serem implementados por entidades governamentais e não governamentais, percebendo as crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

Na vertente das políticas públicas para a efetivação do princípio da Proteção Integral às crianças e adolescentes, assim se manifesta o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do adolescente:

Ao enumerar direitos, estabelecer princípios e diretrizes da política de atendimento, definir competências e atribuições gerais e dispor sobre os procedimentos judiciais que envolvem crianças e adolescentes, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente instalaram um sistema de “proteção geral de direitos” de crianças e adolescentes cujo intuito é a efetiva implementação da Doutrina da Proteção Integral, denominado Sistema de Garantia de Direitos (SGD). Nele incluem-se princípios e normas que regem a política de atenção a crianças e adolescentes, cujas ações são promovidas pelo Poder Público em suas 03 esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pelos 03 Poderes

(Executivo, Legislativo e Judiciário) e pela sociedade civil, sob três eixos: Promoção, Defesa e Controle Social.(CONANDA, 2006. p.22)

O Estatuto da Criança e do Adolescente no art.7º estabelece que: “A criança e o adolescente tem direito a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. O artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

Nesse sentido, para Ishida (2008, p. 2) “a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes”.

Do exposto, infere-se que a doutrina da proteção integral se consubstancia no reconhecimento do adolescente como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, merecedor de total respeito aos direitos fundamentais e individuais, além dos especiais à sua condição.

A violência contra crianças e adolescentes não está adstrita à ação ou omissão do Estado, mas, sobretudo, presente no núcleo familiar e comunitário, este incluindo a escola. Associado a isto, o etiquetamento ou estigmatização sofrida pelo adolescente em conflito com a lei, corroborado pelo desamparo familiar, contribuem de forma significativa para aumentar o distanciamento destes menores na comunidade, culminando numa convivência social desarmônica.

Conforme já descrito, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 227 prescreve:

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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem procurado combater toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, contra a criança e o adolescente, passando a considerá-los como pessoas de direito e também de deveres, conforme estabelecido na CF/88 e no ECA. A normativa jurídica fundamenta esse acolhimento aos direitos da criança e do adolescente, em princípios especiais como os da Proteção integral e o do Melhor Interesse e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

3.1 Medidas de proteção

Tais medidas, previstas no Estatuto da Criança e do adolescente, podem ser aplicadas tanto às crianças quanto aos adolescentes. Todavia, são especialmente previstas para situações em que não estão sendo observados os direitos e as garantias fundamentais e individuais das crianças, que possam a submetê-las à vulnerabilidade social.

São medidas que visam evitar ou afastar o perigo ou a lesão à criança ou ao adolescente. Possuem dois vieses: um preventivo e o outro reparador. As medidas de proteção, portanto, traduzem uma decisão do juiz da infância ou do membro do Conselho Tutelar em fazer respeitar um direito fundamental da criança e do adolescente que foi ou poderá ser lesionado pela conduta comissiva ou omissiva do Estado, dos pais ou responsável, ou ainda, pela conduta da criança e do adolescente (ISHIDA, 2008.p. 223).

Essas medidas são aplicáveis em especial às crianças sempre que estiverem ameaçadas em seus direitos, ou quando cometam atos infracionais. Porém, descabe, neste caso, a aplicação de medidas sócio-educativas, mas tão somente as de proteção. Segundo o art. 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Ishida (2008. p.247), apresenta dois conceitos para crime: o primeiro como fato típico e antijurídico e o segundo,

atualmente predominante, onde é considerado como fato típico, antijurídico e culpável.

Crianças e adolescentes podem vir a cometer crime, mas não preenche o requisito da culpabilidade, pressuposto de aplicação da pena. Aplica-se ao mesmo, a presunção absoluta da incapacidade de entender e determina-se conforme sua consciência, adotando-se, para isso, o critério biológico.

O art. 228 da Constituição Federal estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial. Desta forma, entende-se o motivo pelo qual o menor não comete crime, mas ato infracional. Destarte, fica afastada a questão da culpabilidade na conduta delituosa praticada pela criança ou adolescente, abrangendo tanto o crime como a contravenção.

3.2 Medidas socioeducativas

3.2.1 Natureza Jurídica das medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas advindas da formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente retratam uma nova forma de perceber a criança e o jovem como sujeitos de direito, devendo ser respeitado sua condição de indivíduo em formação, mas sem que isto lhe retire a responsabilidade pelos atos praticados que resultem em danos ao indivíduo e à coletividade.

Percebe-se a presença de uma resposta estatal de cunho aflagrante para o destinatário, ao mesmo tempo em que se pretende, com a incidência de regras da pedagogia, a adequada (re)inserção social e familiar do autor de ato infracional. Assim, se a medida socioeducativa tem características não uniformes, pode-se concluir pela complexidade de sua natureza jurídica. A substância é penal. A finalidade deve ser pedagógica. (KONZEN, apud BARBOSA, 2013, p98)

É a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude através do devido processo legal de natureza educativa, mas modernamente também com natureza sancionatória como resposta ao ato infracional cometido por adolescente. Também em alguns casos possui natureza administrativa, resultante de homologação judicial de remissão cumulada com alguma medida permitida por lei. Portanto, as medidas possuem característica pedagógica, mas também o escopo sancionador, como instrumento de defesa social. Rossato e outros (apud ISHIDA,2008. p.280).

O fato de reconhecer-se que a medida tenha um caráter penal não implica qualquer traição à sua natureza ou finalidade. O caráter penal sempre existirá e ele não é incompatível com qualquer pretensão socioeducativa, pretensão aliás que a pena aplicada ao adulto também tem. Em outras palavras, entender que a medida socioeducativa é sempre ruim por coatar a liberdade não implica qualquer renúncia à necessidade de humanizá-la, de tentá-la educativa enquanto durar [...] (FRASSETO, apud BARBOSA 2013, p 99)

A proteção infantojuvenil estabelecida pelo ECA, não anula a natureza sancionatória da intervenção estatal, mas impõe a aplicação de sanção pedagógica, que coaduna perfeitamente com a práxis da Justiça Restaurativa. Esta pressupõe ao adolescente a assunção da responsabilidade pelo ato praticado como forma de estabelecer os vínculos sociais do adolescente.

As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada a garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica SINASE (apud BRANCHER E AGUINSKY)

Nesse mesmo entendimento,

Medidas socioeducativas são responsabilizadoras, de natureza sancionatória e conteúdo socioeducativo, aplicadas somente a adolescentes sentenciados em razão do cometimento de ato infracional. Conforme estabelece o ECA, são seis as medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes julgados(as) pela prática de ato ilícito que se equipare a crime ou contravenção penal. São elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semi liberdade e internação. Pelo próprio conteúdo das medidas, as ações que as compõem devem sempre envolver o contexto social em que se insere o(a) adolescente, isto é, a família, a comunidade e o Poder Público devem estar

necessariamente comprometidos para que se atinja o fim almejado de inclusão desse(a) adolescente. (CONANDA, 2006. p.32)

[...] se exige elementos tipicamente penais para a imposição da medida socioeducativa, isto é, para o preenchimento de seu aspecto material, essencialmente retributivo (constatação do fato típico, antijurídico e culpável, prova de materialidade e autoria, observância do devido processo legal), ao passo que a sua instrumentalidade demanda regramento específico, desenvolvido para melhor atender às necessidades pedagógicas do adolescente no transcorrer da execução da medida (regras da excepcionalidade e brevidade da internação, medidas aplicáveis por tempo indeterminado e progressão e regressão sujeitos à constatação da evolução do processo de aprendizagem).(BARBOSA, 2013, p.98)

Com a regulamentação da execução das medidas socioeducativas, destinadas aos adolescentes que pratiquem ato infracional, através do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei 12.594/2012, o Princípio da Proteção Integral tende a se consolidar, na garantia dos direitos fundamentais e individuais do adolescente, por meio dos planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

[...] a política de aplicação das medidas socioeducativas não pode estar isolada das demais políticas públicas. Os programas de execução de atendimento socioeducativo deverão ser articulados com os demais serviços e programas que visem atender os direitos dos adolescentes (saúde, defesa jurídica, trabalho, profissionalização, escolarização etc). Dessa forma, as políticas sociais básicas, as políticas de caráter universal, os serviços de assistência social e de proteção devem estar articulados aos programas de execução das medidas socioeducativas, visando assegurar aos adolescentes a proteção integral. A operacionalização da formação da rede integrada de atendimento é tarefa essencial para a efetivação das garantias dos direitos dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, contribuindo efetivamente no processo de inclusão social do público atendido. (CONANDA,2006. p.29)

Nesse contexto, as medidas socioeducativas, apresentam características sancionatórias, mas, sobretudo congregam ações prioritariamente educativas, garantindo aos infratores a possibilidade, dependendo da gravidade da lesão, de sanções leves e moderadas, com a finalidade precípua de manutenção dos infratores no seio da família e da comunidade, conforme previsão do art. 112, inc. I ao IV do ECA:

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; prestação de serviço à comunidade; IV- liberdade assistida. Contudo, para aqueles em que o dano causado tem natureza grave, caberão as medidas previstas no artigo supracitado, incisos V- inserção em regime de semiliberdade; VI- internação em estabelecimento educacional e VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI do estatuto em colendo.

Impende ressaltar que, somente aos adolescentes são aplicadas medidas socioeducativas. Caso uma criança pratique um ato infracional, poderá ser aplicada apenas medidas protetivas, que estão previstas no art. 101 do ECA.

3.2.2 Das medidas socioeducativas em espécie

- Advertência

Medida socioeducativa de natureza disciplinar, aplicada em casos em que a gravidade do ato infracional, referente a lesividade, é mínima. Para Rossato e outros (apud ISHIDA 2014.p 286)

a medida de advertência consiste em admoestação, ou seja, a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a situação não se repetirá. A advertência se esgota em si mesma, dispensando acompanhamento posterior. Segundo o STF: “A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente” RE 248.018/SP, Rel. Min JOAQUIM BARBOSA, j. 6-5-2008 (apud ISHIDA, 2014.p.286).

Conforme salienta Digiácomo (2013. p.183)

A advertência é a única das medidas socioeducativas que pode ser executada diretamente pela autoridade judiciária. O Juiz deve estar presente à audiência admonitória, assim como o representante do Ministério Público e os pais ou responsável pelo adolescente, devendo ser este (inclusive por força do “princípio da obrigatoriedade da informação”, consignado no art. 100, par. único, inciso XI, do ECA) alertado das consequências da eventual reiteração na prática de atos infracionais e/ou do descumprimento de medidas que tenham sido eventualmente aplicadas cumulativamente (conforme arts. 113 c/c 99, do ECA). Os pais ou

responsável deverão ser também orientados e, se necessário, encaminhados ao Conselho Tutelar para receber as medidas previstas no art.129, do ECA, que se mostrarem pertinentes.

O art.115 do colendo Estatuto estabelece que: A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

- Obrigação de reparar o dano

O ECA prevê a medida de reparação de dano no caso de infrações com reflexos patrimoniais, conforme 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. Na impossibilidade de cumprimento desta medida, por incapacidade financeira do infrator, o juiz poderá substituir a medida por outra adequada.

Assevera Ishida (2014.p 287) que “A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de responsabilidade social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta”.

Assim também alerta Digiácomo, (2013. p. 184) que:

Aplicável apenas a atos infracionais com reflexos patrimoniais, a medida não se confunde com a indenização cível (que pode ser exigida do adolescente ou de seus pais ou responsável independentemente da solução do procedimento que, aliás, não está sujeito à regra do art. 91, inciso I, do CP), sendo *fundamental* que a reparação do dano seja cumprida *pelo adolescente*, e não por seus pais ou responsável, devendo ser assim verificado, previamente, se aquele tem capacidade de cumpri-la (cf. art. 112, §1º, do ECA). A reparação pode se dar diretamente, através da restituição da coisa, ou pela via indireta, através da entrega de coisa equivalente ou do seu valor correspondente em dinheiro. Vale dizer que a Lei nº 12.594/2012 estabelece por *princípio*, em seu art. 35, incisos II e III, que deve-se sempre dar preferência a “*meios de autocomposição de*

conflitos” e “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”.

Essa medida, especificamente, apesar de prever o ressarcimento material ou pecuniário à vítima, em razão do evento danoso, e estabelecer a responsabilidade do adolescente, não firma, por este, o auto-reconhecimento de sua responsabilidade pelo fato. Conforme será visto, este comportamento pode advir por meio do processo restaurativo previsto pela Justiça Restaurativa.

- Prestação de serviços à comunidade

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, conforme art. 117 do ECA.

Segundo Rossato, esta espécie de medida socioeducativa

Operacionaliza-se por meio de convênios da VIJ com as entidades abrigadoras, hospitais, escolas etc. e à semelhança da execução penal, exige-se a guia de execução. O acompanhamento e o relatório serão feitos pelas entidades de atendimento e se cumprida, após a oitiva do MP, o juiz da infância e da juventude declarará extinta a medida. Se não houver cumprimento, caberá ao juízo da execução decidir se substitui por outra medida, inclusive a chamada internação-sanção. Rossato e outros (apud ISHIDA, 2014.p.291).

As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. Esta medida ganha amparo frente a possibilidade do adolescente se perceber mais responsável pelo dano causado, contribuindo para a melhoria da performance ressocializadora, nos mesmos termos da prática restaurativa.

- Da liberdade assistida

Baseada no instituto norte-americano do *probation system*, consiste em submeter o adolescente, após sua entrega aos pais ou responsável, a uma vigilância e acompanhamentos discretos, a distância, com o fim de impedir a reincidência e obter a ressocialização.

A liberdade assistida é uma medida socioeducativa preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual o menor infrator é obrigado a comparecer periodicamente a um setor técnico, sendo acompanhado de um orientador designado pelo juiz de entidade governamental ou não governamental, por um período não inferior a seis meses, após o qual será apresentado um parecer do orientador, Ministério Público e o defensor, com vistas à prorrogação, revogação ou substituição por outra medida.

O art. 118 do ECA prevê que a liberdade assistida será adotada sempre que se configurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente; §1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento; §2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída, por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

- Regime de semiliberdade

Neste regime, o adolescente fica recolhido à noite, e realiza atividades externas como a escolarização e a profissionalização durante o dia, sob supervisão de equipe multidisciplinar.

Importa salientar que, em alguns casos, assemelha-se ao sistema penal de regime semi-aberto. Contudo, apresenta uma diferenciação específica que se dá na realização das atividades externas independente de autorização judicial. Assim prevê o ECA, no art. 120:

O regime de semiliberdade pode ser determinado desde início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial; §1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade; §2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

- Internação

A internação constitui medida privativa da liberdade e se sujeita aos princípios de **brevidade**, **excepcionalidade** e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Pode ser permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

O ECA, visando garantir os direitos do adolescente, condicionou-a três princípios mestres: o da brevidade, no sentido de que a medida deve perdurar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente; o da excepcionalidade, no sentido de que deve ser a última medida a ser aplicada pelo Juiz quando da ineficácia de outras; e o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, visando manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo seu ensino e profissionalização (ISHIDA, 2014. p.299).

Ainda, segundo Ishida, constitui a medida de internação mais grave dentre as sócio-educativas, constituindo, a teor do caput, em medida privativa de liberdade. Difere do regime de semiliberdade, tendo em vista que, neste, dispensa-se autorização judicial para a saída. Pressupõe prova da autoria e da materialidade.

Exige-se modernamente o devido processo legal, com prova suficiente, não se admitindo apenas a confissão isolada (cf. Súmula 342 do STJ).

O art. 121 do Estatuto da Criação e do Adolescente estabelece que:

A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. §1º será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário; §2º a medida não comporta prazo determinado, devendo sua manifestação ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses; §3º em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos; §4º atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocando em regime de semiliberdade ou liberdade assistida; §5º a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade; §6º em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público; §7º a determinação judicial no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

A imposição da medida de internação é condiciona nos seguintes termos do art.122 do ECA:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta; § 1º o prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal; §2º em nenhuma hipótese será aplicada internação, havendo outra medida adequada.

Se o interno completar 21 anos, deverá ser obrigatoriamente liberado, encerrando o regime de internação.

- Remissão

A remissão significa perdoar ou dar clemência, e está prevista no art. 126 do ECA: antes de iniciado o procedimento judicial para a apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e a sua maior ou menor

participação no ato infracional. Iniciado o procedimento, a remissão só poderá ser efetuada pela autoridade judiciária.

3.3 Do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo- SINASE

O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, os sistemas distrital, estaduais e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Leoberto Brancher prefaciando (ZEHR, 2012) esclarece que com a introdução da Lei 12.594/2012 foram abertas as portas para a construção de uma justiça juvenil restaurativa para atender nossos adolescentes infratores, na perspectiva da Justiça Restaurativa.

O SINASE foi instituído pela Lei nº 12.594/2012, com o objetivo de regulamentar a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

O SINASE se orienta pelas normativas nacionais (Constituição federal e Estatuto da Criança e do Adolescente) e internacionais das quais o Brasil é signatário (Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, Sistema Global e Sistema Interamericano dos Direitos Humanos: Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade). Os princípios do atendimento socioeducativo se somam àqueles integrantes e orientadores do Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente. (CONANDA, 2006. p. 25)

A referida Lei estabelece as competências de cada ente para a implementação e execução das medidas socioeducativas. Podemos citar, neste caso, em especial as relacionadas aos Estados: criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socio-educativas de semiliberdade e internação; aos Municípios: criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

A lei 12.594/2012 traz a possibilidade da incidência de um sistema de justiça mais eficiente no controle da violência juvenil. Esta cada vez mais presente nas comunidades e escolas, buscando-se a redução das (re) incidências das infrações cometidas, em especial por esses adolescentes desamparados pelo pela família, e pelo poder público.

As diretrizes desta Lei 12.594/2012, importam em ações voltadas para assegurar a eficácia das medidas socioeducativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente a serem aplicadas quando do cometimento de atos infracionais causadores de lesão à pessoa ou comunidade. São princípios que regem a execução das medidas socioeducativas, estabelecidos no art. 35:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito às estritas hipóteses em que é admitida a internação (art. 122 do ECA);
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
- IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Vale salientar que a Autoridade judiciária competente para o processo de execução das medidas socioeducativas a serem impostas ao adolescente quando do cometimento de ato infracional é o Juiz da Infância e da Juventude. Além do mais, sob o manto do Garantismo Penal, e, neste caso, o Direito Penal Juvenil, há a indispensabilidade participação da defesa e do MP:

- A defesa e o Ministério Público intervirão, sob pena de nulidade, no procedimento judicial de execução de medida socioeducativa.

- A defesa e o MP poderão requerer as providências necessárias para adequar a execução das medidas aos ditames legais e regulamentares, sendo-lhes asseguradas as prerrogativas previstas no ECA.

Não obstante o Estatuto da Criança e do adolescente salvaguardar os direitos infanto-juvenis, no viés dos direitos fundamentais, é importante registrar que o SINASE garante, também, a proteção dos seus direitos individuais, conforme estabelece em seu art. 49 da lei 12.594/12, entre tantos outros:

Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

- I - ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial;
- II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;
- III - ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na sentença;
- IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias;
- V - ser informado, inclusive por escrito, das normas de organização e funcionamento do programa de atendimento e também das previsões de natureza disciplinar;
- VI - receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação;
- VII - receber assistência integral à sua saúde, conforme o disposto no art. 60 desta Lei; e VIII - ter atendimento garantido em creche e pré-escola aos filhos de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.

“§ 1º As garantias processuais destinadas a adolescente autor de ato infracional previstas na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicam-se integralmente na execução das medidas socioeducativas, inclusive no âmbito administrativo”.

O referido artigo preceitua a incidência do Garantismo no Direito Penal Juvenil ao estabelecer a necessária observância às garantias processuais já incidentes no ECA, e que devem ser aplicadas na execução das medidas.

De acordo com o SINASE, as medidas socioeducativas têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às conseqüências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Importante reflexão traz Afonso Konzem a respeito da finalidade das medidas,

Seja a medida pena ou sanção, seja social, educativa ou retributiva, tenha o adjetivo ou a explicação que tiver, seja ela modalidade de responsabilização ou de punição, ou, até mesmo, na insistência saudosista do pensar no passado, seja ela de proteção, a terminologia pouco importa, o que importa é que ela gera para o adolescente, de fato, a conseqüência da perda ou de restrição de liberdade. Por isso, é de se admitir o sinônimo punição ou castigo, pela evidente carga aflitiva da conseqüência e porque sacrifica ou coloca em risco um bem da vida considerado indisponível pela ordem jurídica, a liberdade física pessoal, pela forçada e imposta inserção do destinatário em um sistema institucional de contenção ou de restrição do ir, do vir e do fazer. [...]. Portanto, no lugar de continuar com a invenção de justificativas em nome de uma deixa literal da doutrina da Protec~]ao Integral, ou de perseguir na realização de um idealismo pedagógico como um dever-ser do programa de atendimento, no lugar de pensar em medidas alternativas, não se deveria também pensar em alternativas à medida, como sugerido por Jorge Trindade para as respostas de natureza penal? (KONZEN, 2007, p.68)

Conforme se depreende do art. 35 da citada lei, são princípios que fundamentam a execução das medidas: a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível,

atendam às necessidades das vítimas e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Tais princípios são correlatos aos instituídos pelo paradigma especial de responsabilização do adolescente, que por meio de técnicas da JUSTIÇA RESTAURATIVA – em razão da prática de ato infracional por adolescente - tendem a aperfeiçoar a eficácia das medidas socioeducativas, bem como possibilita reduzir os efeitos da violência e sua reincidência. Facilitando com isso, uma célere ressocialização, baseada na participação ativa dos envolvidos diretamente no evento danoso: ofensor, vítima e da comunidade.

É fundamental o reconhecimento pelo adolescente, e até mesmo da criança, que seus atos causaram lesão, dor e sofrimento, não só à vítima, mas também aos seus próprios amigos e familiares. Assim, conferir a inimputabilidade ao adolescente não desnatura a atribuição e assunção da sua responsabilidade ante o ato infracional cometido, ainda que seja necessária a imposição de medida socioeducativa.

A questão da responsabilização penal do adolescente pelos atos cometidos, opera de forma muito significativa no âmbito da ressocialização, em especial na comunidade local ao qual esta inserida, indo na esteira dos princípios da Justiça Restaurativa.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Conforme já exposto, o objetivo deste trabalho é suscitar a hipótese de a Justiça Restaurativa ser uma alternativa complementar, e/ou paralela à execução das medidas socioeducativa, de forma a contribuir mais efetivamente para a solução do conflito gerado pela violência, prevalecendo a assistência à vítima e a ressocialização do adolescente infrator.

A Justiça Restaurativa se constitui em um processo cujos atores principais são as pessoas diretamente envolvidas no conflito. Assim, busca-se, por meio das práticas restaurativas, uma solução pacífica, através da assunção pelo autor, da responsabilidade do fato delitivo, e o empoderamento da vítima durante o processo, assim, como também, a participação da comunidade.

As organizações das Nações Unidas – ONU- assim conceitua Justiça Restaurativa:

A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor[...]. Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. Além disso, o processo em si pode, frequentemente, transformar o relacionamento entre a comunidade e o sistema de justiça como um todo.

O caráter alternativo para a utilização das práticas restaurativas, quando da aplicação das medidas socioeducativas aos adolescentes infratores, pode ser assim entendido pelo fato de não se poder ouvir que tais medidas apresentam natureza sancionatória e retributiva, acarretando um plus de dor e sofrimento, aos jovens infratores, em especial quando da internação.

Acrescenta-se a isto, o pensamento de António Farinha:

Em vez intimidar o ofensor, a Justiça Restaurativa procura encorajá-lo a aprender novas e melhores formas de actuar e de estar em sociedade; daí, o seu elevado valor pedagógico e preventivo. A intervenção restaurativa parte dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção penal – mormente em áreas de maior “vulnerabilidade” (v.g., na justiça de menores infractores) e proximidade entre a vítima e o agressor... (ANTÓNIO FARINHA apud FERREIRA, 2006. p.26)

Para Zehr (2012. p, 37)

Embora a justiça Restaurativa em geral reconheça a necessidade de autoridades externas ao caso e, algumas vezes, decisões cogentes, ela dá preferência a processos colaborativos e inclusivos e, na medida do possível, desfechos que tenham sido alcançados por consenso, ao invés de decisões impostas.

Nesse aspecto, reside a diferença entre a medida socioeducativa conforme os preceitos da lei 8.069/1990 e a justiça restaurativa. Aquela, ainda que tenha um viés pedagógico, não está dissociada do carácter retributivo. Enquanto as práticas restaurativas além do carácter pedagógico, buscam, antes de tudo, a reconciliação entre as partes envolvidas, por meio do reconhecimento pelo adolescente infrator pela lesão causada á vítima.

4.1 Contexto histórico da Justiça Restaurativa no Direito Penal Juvenil

A Justiça Restaurativa, como um modelo de justiça mais eficiente e promissor, pautado em um modelo de organização social, que buscava acima de tudo a união, ou melhor, a coesão social, advém desde as sociedades comunais.

Nesse sentido,

As sociedades comunais (sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas) privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo. Nestas sociedades, onde os interesses coletivos superavam os interesses individuais, a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido e para a busca de uma solução rápida para o problema (JACCOUD, MYLÈNE. PNDU. 2005. p.163).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, influenciado pelos sofrimentos marcados pelo Holocausto, a ONU já apresentava proposta de solução de conflito, no sentido mais amplo da violência, tendente a abolir qualquer forma de retrocesso, retaliação e retribuição, conforme prescreve o art. 33 da Carta das Nações Unidas.

As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

Neste mesmo período surge a vitimologia, caracterizando a criminologia da época, preocupada com as razões da vitimização, ainda que tivesse foco nos fatores que predispoem os indivíduos a se tornarem vítimas, pode-se considerar um primeiro passo para que houvesse uma mudança no olhar sobre a vítima, que passaria mais tarde a conceber o olhar diferenciado sobre as consequências da vitimização.

O movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento. (...). Finalmente, um movimento que faz a promoção das virtudes da comunidade, o que Faget nomeia de exaltação da comunidade, inspira a justiça restaurativa. O princípio da comunidade é valorizado como o lugar que recorda as sociedades tradicionais nas quais os conflitos são menos numerosos, melhor administrados e onde reina a regra da negociação (JACCOUD, PNDU. 2005. p.165).

Os trabalhos iniciais em vitimologia remontam à segunda metade do século XX. Contudo, as primeiras legislações específicas concernentes à proteção e à reparação às vítimas, remontam às décadas de 60 e 70, a saber: as da Nova Zelândia (1963), Grã-Bretanha(1964), EUA (Califórnia, 1965), Canadá (1967), Finlândia (1973), Alemanha (1976), França (1977) e Suécia (1978) (CARIO, 2006.apud LINCK.2008.p.68-69).

A justiça restaurativa, tem seu início, associado ao movimento de descriminalização, dando passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase

de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal (JACCOUD, PNDU, 2005. p.166).

Sobre o conceito e a filosofia da Justiça Restaurativa, Zehr(2012) considera que surgiram durante as décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos e Canadá, junto com a prática então chamada Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VictimOffenderReconciliationProgram – VORP). A partir de então surgiram diversas formas e práticas associadas à metodologia do VORP, sendo denominada de “restaurativa”.

A partir da década de 80, recomendações e resoluções do conselho da Europa e da Organização das Nações Unidas, buscando uma promoção da harmonia social, por meio da restauração das vítimas ofensores e comunidade, e a prevenção da criminalidade, contribuíram para a ampliação no contexto normativo, de iniciativas à reparação, proteção e papel das vítimas no processo penal, são elas: Declaração os princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas de abuso de poder (Resolução nº 40-34); Resolução nº 2000/14, do Conselho Econômico da ONU, que dispõe sobre princípios básicos para a utilização de programas restaurativos em matérias criminais; Resolução nº 45/110, da Assembleia Geral da ONU, de 1990, que destacam a importância da comunidade e do desenvolvimento do senso de responsabilidade dos infratores para com as vítimas e a comunidade; Resolução nº 2002/12, do ECOSOC da ONU - Princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal - que define programa, processo e resultado restaurativo, e incentiva a troca de experiências e avaliações de programas de mediação e justiça restaurativa entre diferentes países.

A Resolução nº 2002/12 da ONU, foi o marco internacional da justiça restaurativa por apresentar princípios e procedimentos a serem desenvolvidos quando da aplicação dessa nova forma de pensar justiça. Segundo estabelece, a justiça restaurativa deve ser utilizada quando:

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional
7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento

livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. 8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. 9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo. 10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução. 11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

Estas são apenas algumas das inúmeras normatizações propostas por organismos internacionais numa tentativa de sedimentar, universalmente, essa nova proposta de perceber a vítima como carente de atenção, o ofensor na perspectiva de assumir a responsabilidade pela infração, e envolver a comunidade na solução de conflitos, corroborando para a prevenção dos fatores que fomentam a prática infracional. Consubstanciando, desta forma, para evolução desse novo paradigma que é a justiça restaurativa.

No Brasil, o marco para a aplicação da justiça restaurativa para a solução de conflitos na esfera criminal, por meio dos princípios restaurativos, foi a Constituição Federal, que no art.98 estabelece a conciliação e a transação como hipótese de praticas restaurativa.

Art.98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

No contexto do direito penal juvenil a justiça restaurativa pode ser compreendida na lei nº 8069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e consigna uma nova forma de responsabilização do adolescente

infrator, ao qual serão aplicadas a remissão, art. 126, e sanções em forma de medidas socioeducativas, art. 112 da referida Lei.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça publicou a RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução considera a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. Nos termos da Resolução, a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

No entanto, de forma explícita, a previsibilidade para aplicação da justiça restaurativa ocorreu com a lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e consignou em seu art. 35 princípios que regem a execução das medidas socioeducativas no viés restaurativo, são eles: excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo sócio-educativo.

4.2 Concepções acerca da justiça restaurativa no direito penal juvenil

O crime, assim como o ato infracional é concebido e tratado pelo Estado não efetivamente como uma violência à vítima, mas como uma infração à norma penal, passando então a uma ofensa ao Estado. Por décadas, um novo paradigma de Justiça Penal vem sendo minuciosamente estudado e implantado em diversos países, buscando cada vez mais reduzir a incidência da justiça retributiva do sistema

penal tradicional, que concentra todos os esforços no agressor, punindo-o por descumprir uma regra imposta pelo Estado.

A Justiça Restaurativa (JR) apresenta um novo olhar na resolução de conflitos infanto juvenis, tendente a minorar os efeitos da violência praticada pelos adolescentes. Esse conjunto de técnicas e procedimentos abordados no processo restaurativo propõe um olhar voltado em priorizar as necessidades da vítima, mas sem perder o foco no agressor, contribuindo para que este reconheça o mal causado, internalize o sentido de sua responsabilidade, e, quando possível, a obrigação, de reparar o dano, independente das medidas sancionatórias aplicadas em face do ato lesivo cometido. Outro aspecto importante é participação da comunidade em todo o processo restaurativo com vistas a coresponsabilizar-se pela solução e prevenção do delito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio do Princípio da Proteção Integral, vem amparando - no sentido de respeito à sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento - os adolescentes em conflito com a lei, conferindo-lhes direitos e garantias individuais, mas, também, possibilitando a imposição uma série de medidas alternativas, de cunho pedagógico, inclusive a privação de liberdade.

Contudo, há por trás de toda essa sistemática, situações de caráter político-administrativas nas casas de acolhimento de adolescentes infratores, que minoram a eficácia do Estatuto, e, por conseguinte, negam a possibilidade de uma solução satisfatória para todos os envolvidos pela prática do ato infracional.

Os adolescentes, confinados em casa de acolhimento, distantes de seus familiares, da comunidade a qual faz parte, obrigados a conviver com outros adolescentes muitas vezes até mais agressivos, tendem a valorizar esse novo ambiente, corroborando, assim, com sua revolta e desprezo pelas vítimas de suas agressões e pela sociedade, numa percepção holística.

A sociedade, perplexa com o avanço da violência juvenil, considera que as medidas socioeducativas impostas pelo Estado aos adolescentes diante de uma conduta antissocial não têm grandes representações e significados para os jovens infratores. Ao contrário, este adolescente volta-se contra os familiares, a comunidade, e continuam na prática de ações antissociais. Assim, não assumem a responsabilidade pelos danos causados à vítima, e, por reflexo à sociedade. Consideram-se vítimas das próprias circunstâncias, e entendem que não devem ser responsabilizados.

Assevera Sposato (2006, p. 105) que “o estágio especial de desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade”.

A comunidade tem papel importante e peculiar neste novo entendimento de responsabilização, no sentido de sua participação no processo corroborar com a ideia de que é necessário o fortalecimento comunitário para promover ações tendentes a minorar as possíveis causas que contribuem para o aumento da violência juvenil. Nesse sentido, a interação desses atores envolvidos direta e indiretamente na situação fática, pode contribuir para a reintegração do agressor na comunidade, sem sua estigmatização, tão presente no modelo tradicional de justiça.

A Justiça Restaurativa apresenta diversas modalidades de encontros entre as pessoas direta e indiretamente envolvidas pela conduta delituosa, com objetivos específicos, que devem ser abordados conforme cada caso concreto, considerando as variáveis que se apresentam, como: gravidade do dano, a idade dos agentes envolvidos, a tipificação da conduta, as características culturais da comunidade envolvida, dentre outros fatores.

Nesse sentido, a JR tem um enfoque peculiar, de restabelecer a auto-estima da vítima, contribuir para a assunção das responsabilidades do infrator, além de proporcionar a participação da comunidade no desfecho do conflito.

A justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades; que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aqueles danos, e que as vítimas, ofensores e a comunidade sejam envolvidos nesse processo (ZEHR, 2012.p.36).

No mesmo entendimento,

Não se deve confundir Justiça Restaurativa com justiça retributiva. Enquanto que esta enfatiza uma suposta necessidade de punição e de intimidação, aquela prefere dar relevância às obrigações do agressor, da família, do Estado e do corpo social para com a vítima do crime(ZEHR, apud FERREIRA,2006. p.26).

O mero pagamento da dívida, oriunda de uma infração penal, ou o cumprimento de medidas socioeducativas, ou ainda, em último caso, o cumprimento da pena privativa de liberdade nada tem a ver com a resolução integral de conflito entre o agressor e a vítima, ou, entre o agressor e a comunidade.

A conduta socialmente desviada não supõe fixação nos conflitos primitivos, não superados, mas uma inabilidade na solução de conflitos oriundos do convívio com a sociedade, com a cultura, com a civilização, num contexto em que se reeditam as relações de domínio, de poder, de exclusividade de certos direitos. Esta inabilidade provém, predominantemente, de toda uma história de marginalização escolar e social da qual o indivíduo foi vítima, pela qual ele sofreu um processo de deterioração e se tornou mais frágil perante o sistema penal e punitivo e, conseqüentemente, foi criminalizado pelas normas seletivas do mesmo. (ZAFFARONI apud ALVINO DE SÁ, 2010.p 56).

Assim, a Justiça Restaurativa busca contribuir para minorar alguns fatores - dificuldade na comunicação pós trauma, e ausência de habilidade para superá-la - propiciando uma reflexão das possíveis causas da violência que possam ter contribuído para tornar o adolescente um transgressor do direito intrínseco a cada pessoa.

O processo retributivo não oportuniza a reflexão do ofensor, não permite o empoderamento da vítima e deixa a comunidade enfraquecida (PENIDO, CAMARA DEPUTADOS. 2007). O processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação[...] (ZEHR, 2012. p.14).

Como movimento social global, destaque-se que a justiça restaurativa tem seu marco nos anos de 1990, com a expansão das práticas iniciais, no viés restaurativo, buscando o desenvolvimento predominante da mediação entre a vítima e o ofensor, ao lado de conferências entre grupos familiares e de círculos de determinação de pena.

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR,2012, p.49).

Na mesma linha,

A Justiça Restaurativa é um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e as suas implicações no futuro. (MARSHALL apud FERREIRA, 2006, p.24)

Esse modelo de justiça, por clamar um olhar diferenciado sobre a vítima, o ofensor e o papel da comunidade, tem ainda muito que ser aprimorada, ela não finaliza que realmente seja Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa pressupõe dois pontos centrais: primeiro, a inclusão e empoderamento das partes, assim entendido como a elevação da auto-estima da vítima, à medida que passa a exercer controle sobre seus bens, suas emoções, passando a se autodeterminar. Para o ofensor, ao compreender as consequências de seus atos, torna-se conhecedor de suas responsabilidades pelo dano causado passando a perceber concretamente o seu papel e sua responsabilidade social; segundo, a reconciliação dos agentes envolvidos, no sentido de devolver as relações sociais desfeitas em virtude do dano causado, com a participação mais ativa da comunidade e a reparação do dano pelo ofensor, como objeto complementar de satisfação da vítima, quando possível.

Assim, propõe outra concepção de responsabilidades, como um modelo de justiça mais eficiente e promissor, pautado em um modelo de organização social, que busca acima de tudo a união, ou melhor, a coesão social.

4.3 Princípios fundamentais da Justiça Restaurativa no contexto garantista

São princípios que, antes de tudo, se consubstanciam na coesão social, no relacionamento interpessoal, aderentes aos fundamentos do contrato social, necessários à uma convivência pacífica e harmoniosa, retratando o espaço e a responsabilidade de cada um no seio social e comunitário.

Segundo Zehr (2012.p.77-80),

“a Justiça Restaurativa está balizada em diversos Princípios, dentre os quais podem ser destacados: O crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais; as vítimas e a comunidade foram lesadas e precisam ser recompostas - a violação cria obrigações e ônus; a obrigação dos ofensores é corrigir as coisas tanto quanto possível. Eles recebem oportunidade e estímulo para compreender o mal que causaram às vítimas e à comunidade, e desenvolvem um plano para cumprir suas obrigações de modo adequado; a Justiça Restaurativa busca restabelecer pessoas e corrigir os males; as necessidades das vítimas de informação, validação, vindicação, restituição de bens, testemunho, segurança e apoio são os pontos de partida da justiça; as vítimas são empoderadas através da valorização de sua contribuição e participação na definição de necessidades e resultados ou decisões - encontros presenciais são apropriados em alguns casos, enquanto formas alternativas de troca são mais apropriadas em outros; há oportunidade para remorso, perdão e reconciliação; a justiça valoriza mudanças pessoais mais importantes do que comportamento obediente; a perda da liberdade e o confinamento forçado dos ofensores se limitam ao mínimo necessário; o processo de fazer justiça pertence à comunidade; a justiça é assegurada não pela uniformidade das decisões, mas por disponibilizar apoio e oportunidade a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e sexo”.

Ainda sob o prisma dos princípios restaurativos, Howard Zehr considera ainda a existência de ações-chaves como forma alternativa para pensar o crime e a justiça, essenciais para a solução satisfatória do conflito, “Focar os danos e conseqüentes necessidades da vítima, e também da comunidade e do ofensor; tratar das obrigações que resultam daqueles danos(as obrigações do ofensor, bem como da comunidade e da sociedade.); envolver a todos que tenham legítimo

interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade”.(ZEHR, 2012. p.44)

Assim, nota-se que os Princípios elencados não são taxativos, mas tão somente alguns expoentes no universo de possibilidades ofertadas por esse paradigma de justiça, que notadamente tem na figura dos agentes envolvidos no conflito, seu principal foco, numa tentativa de minorar os efeitos traumáticos originados na ofensa a que estão expostos a vítima, a comunidade e também o próprio ofensor.

4.4 Modelos de praticas restaurativas e as Medidas Socio-educativas

Importa salientar que, assim como, os princípios restaurativos que não são *numerus clausus*, pois permitem sua utilização de forma mais ampla o possível, conforme a necessidade de contextualização, os modelos de praticas restaurativas serão adotados de acordo ao caso concreto. As práticas podem se constituir em: diálogos entre as partes envolvidas no conflito; conferências de grupos familiares; Círculos de Construção da Paz entre outros que possam ser adotados.

Para Zehr (2012),

Os modelos de prática restaurativa, embora perceba-se semelhantes, diferem quanto ao número e tipo de participantes, bem como também, quanto as abordagens restaurativas no que concerne aos objetivos. Nesse sentido, o modelo de Justiça Restaurativa tende a ser mais eficiente e eficaz à medida que se estabelece as diretrizes conforme o caso concreto, sem engessamento de práticas, o que permite maior possibilidade de aquiescência dos atores envolvidos no conflito danoso.

Conforme a situação se apresenta: nos encontros entre vítimas e ofensores inicialmente tendem a ser em separado, para, havendo consentimento, aconteça o diálogo entre os dois, resultando em uma assinatura de um acordo de restituição de bens, salvo em casos de violência grave, nesta situação, o diálogo não costuma acontecer. Nas conferências de grupos familiares, inclui-se os familiares ou outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas. Esse modelo concentra-se no apoio ao ofensor, para que ele assuma a responsabilidade e mude seu comportamento, sendo a família do ofensor e ou pessoas relevantes da comunidade muito importantes para o sucesso do encontro.

Nos Círculos de Construção de Paz, os participantes podem abordar circunstâncias comunitárias que talvez estejam propiciando violações, podem falar do apoio a necessidades de vítimas e ofensores, das responsabilidades que a comunidade possa ter, das normas comunitárias, ou outros assuntos relevantes para a comunidade.

No entanto, as abordagens restaurativas podem também ser usadas em conjunto com as sentenças de detenção, ou em paralelo a estas. Elas não são necessariamente uma alternativa à privação de liberdade; a Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva. As duas abordagens sustentam que deve haver uma proporcionalidade entre o ato lesivo e a reação a ele. Ambas reconhecem a intuição ética básica de que o comportamento socialmente nocivo desequilibra a balança. Por outro lado, a teoria da Justiça Restaurativa sustenta que o único elemento apto para realmente acertar as contas é a conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades ao esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento. Tem o potencial de dar segurança a vítima e ofensor, ajudando-os a transformar suas vidas. (ZEHR, 2012).

No programa restaurativo são utilizados processos restaurativos, com vistas à obtenção de resultados restaurativos. O processo restaurativo está relacionado a qualquer situação envolvendo vítima e infrator, e em alguns casos, comunidades de assistência. Este processo abrange métodos como; conciliação, reunião familiar ou comunitária, e quando necessário os círculos decisórios (círculo de sentença). O resultado restaurativo é considerado atingido quando da assunção de acordos entre os envolvidos, com o reconhecimento da responsabilidade pelo agressor, a reparação, restituição e prestação de serviços à comunidade, com seu ápice na reintegração da vítima e do infrator.

O procedimento restaurativo compreende, em regra, três fases: o Pré-círculo restaurativo; o Círculo Restaurativo, e o Pós Círculo Restaurativo, todas as fases deverão ser acompanhadas por pessoas devidamente capacitadas em práticas

restaurativas, e sempre com a predisposição voluntária, em participar destas fases. Havendo a possibilidade de substituição do agressor ou vítima por familiares, quando a situação assim permitir, para que possa dar continuidade ao processo restaurativo, é o círculo restaurativo familiar.

O “resultado restaurativo” é considerado alcançado quando o acordo obtido ao final de um “processo restaurativo” abrange soluções como reparação do dano causado, a restituição material e a prestação de serviços à comunidade, todas destinadas a responder às necessidades e às responsabilidades individuais e coletivas, centradas na reintegração social da vítima e do ofensor. (Vincentin e outros, 2012.p. 276-277)

O pré-círculo, desenvolvido por um profissional capacitado, que irá promover encontros, separadamente com cada participante, buscando tomar conhecimento dos fatos sob o ponto de vista de cada um, e esclarecendo sobre os passos seguintes a serem seguidos no círculo restaurativo após o consentimento dos envolvidos. Nesta fase, também é possível, a depender da gravidade do caso, promover através da mediação, a solução do conflito.

No Círculo Restaurativo, é promovido o diálogo, na tentativa de compreensão das necessidades recíprocas, atuais e futuras, a autorresponsabilização que deve ser assumida pelo agressor, e demais presentes frente à vítima. Neste momento, cada um irá relatar seus sentimentos, agressor e vítima, o que ocorreu durante o ato lesivo, e de qual forma foram atingidos pelo fato. Superada esta fase, é o estabelecimento de como as necessidades dos participantes serão atendidas, por meio de acordos, com prazos e metas a serem cumpridas, visando o resultado restaurativo.

O pós-círculo tem como objetivo acompanhar o cumprimento do acordo, verificar se as ações estão sendo executadas e ressignificá-las, em caso de descumprimento.

No entanto, as abordagens restaurativas podem também ser usadas em conjunto com as sentenças de detenção, ou em paralelo a estas. Elas não são

necessariamente uma alternativa à privação de liberdade. A Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva. As duas abordagens sustentam que deve haver uma proporcionalidade entre o ato lesivo e a reação a ele. Ambas reconhecem que o comportamento socialmente nocivo desequilibra o contrato social.

Por outro lado, a teoria da Justiça Restaurativa sustenta que o único elemento apto para realmente acertar as contas é a conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades ao esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento. Tem o potencial de dar segurança a vítima e ofensor, ajudando-os a transformar suas vidas.

Conforme depreende Zehr (2012. p.18-23)

A justiça restaurativa NÃO É: a Justiça Restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação; a Justiça Restaurativa não é mediação, já que, num conflito mediado se presume que as partes atuem num mesmo nível ético, muitas vezes com responsabilidades que deverão ser partilhadas. As vítimas de estupro ou mesmo de roubo não querem ser vistas como “partes de um conflito”; a Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série. As necessidades das vítimas precisam ser atendidas, os ofensores devem ser estimulados a assumir responsabilidades por seus atos; a Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico, ela deve ser construída de baixo para cima, pelas comunidades, através do diálogo sobre suas necessidades e recursos, aplicando os princípios às situações que lhe são próprias; a Justiça Restaurativa não é uma panacéia nem necessariamente um substituto para o processo penal, o crime tem uma dimensão social ao lado de uma mais local e pessoal. O sistema jurídico se preocupa com a dimensão pública, ou seja, os interesses e obrigações da sociedade representada pelo estado; a Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento.

Assim, ele estabelece um pensamento que contrapõe às características da Justiça Restaurativa, de forma excludente, com o propósito de delimitar o tema para que a sua extensão não reste por desvirtuá-lo.

4.5 Precedentes da Justiça Restaurativa no sistema sócio-educativo brasileiro

Seguindo uma tendência mundial, em que a Justiça Restaurativa busca uma solução dos conflitos na área criminal a partir do empoderamento dos agentes diretamente e indiretamente envolvidos, estes, compreendendo, a família e a comunidade, inclusive a comunidade escolar. O Brasil vem adotando soluções restaurativas por iniciativa do Poder Judiciário, buscando consolidar a Justiça Restaurativa como forma de complementação às medidas socioeducativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O projeto de Justiça restaurativa encontra-se vinculado a um processo de reformulação judicial que vem ocorrendo no Brasil, no bojo de redemocratização política e difusão das normativas internacionais de proteção de direitos e na perspectiva dos direitos humanos. Esta é sem dúvida, uma das vias de concretização do acesso efetivo à justiça e à segurança e direitos humanos fundamentais. Políticas públicas devem ser pensadas, discutidas e implantadas com as comunidades (VASCONCELOS apud BAQUIÃO, 2010).

Estabelecendo uma proteção juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza a implantação de políticas públicas que assegurem a efetivação de seus direitos, conforme estabelecido pela Convenção dos Direitos das Crianças enunciada pela Organização Nações Unidas, adotando assim a Doutrina da Proteção Integral.

O Estatuto estabelece diretrizes visando a proteção total dos direitos juvenis, como: à saúde, educação, liberdade, segurança, ao pleno desenvolvimento, à sua integridade física e moral, à convivência familiar e comunitária, etc. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário vem desenvolvendo projetos inovadores, com foco especialmente na violência juvenil, contribuindo, assim, para a reformulação de políticas públicas implantadas pelo Estado que possibilitem consolidar essa nova modalidade de justiça criminal.

Vejamos alguns projetos em desenvolvimento no âmbito do poder judiciário e observados por Baquião (2010):

Porto Alegre,

Tem sido introduzida formalmente desde 2004, por meio do Ministério da Justiça, pela Secretaria da Reforma do Judiciário, responsável por elaborar o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça brasileiro”, e junto com o PNUD (Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento). O PNUD aprovou três projetos pilotos de Justiça Restaurativa: Vara de Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul/SP; Juizado Especial Criminal do Núcleo bandeirantes/DF; e 3ª. Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS (EDENIR apud BAQUIÃO, 2010).

Em Porto Alegre a Justiça Restaurativa foi institucionalizada [...], com o objetivo de realizar procedimentos restaurativos em qualquer fase do atendimento de adolescente acusado da prática de ato infracional. Sendo a atividade desenvolvida junto à Central de Práticas Restaurativas monitorada pela corregedoria geral de justiça, mediante a remessa bimestral de relatório que indique (a) a quantidade dos feitos atendidos; (b) a espécies dos atos infracionais encaminhados; (c) o número de acordos obtidos; (d) o número de acordos cumpridos; (e) o grau de satisfação das partes e o (f) índice de reincidência dos envolvidos DIÁRIO DE JUSTIÇA, 2010, (apud BAQUIÃO 2010).

São Caetano do Sul,

O programa de São Caetano do Sul, também desenvolve seu trabalho na Vara da Infância e Juventude em parceria com a promotoria e comunidade, chamado de Justiça Restaurativa e Comunidade (JRC) que é o “*Projeto Justiça, Educação, comunidade: parcerias para a cidadania*”. (MELLO, EDNIR, YASBEK, apud BAQUIÃO 2010).

Em Brasília,

O programa de Brasília é desenvolvido junto ao 1º e 2º Juizados Especiais de Competência Geral do Núcleo Bandeirantes e atua, portanto, com casos de competência do Juizado Especial Criminal. Os responsáveis pelo programa são o tribunal de justiça do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público, cabendo ao juiz do Juizado Especial a coordenação do programa. São excluídos os casos de violência doméstica e de uso de entorpecente. (PALLAMOLLA apud BAQUIÃO. 2010).

No Rio Grande do Sul,

Denominado “Justiça para o Século 21”, esse projeto consiste num piloto objetivando a adaptação, testagem, avaliação, sistematização e incorporação institucional dos procedimentos, valores e ideias sobre a Justiça Restaurativa com vistas à realidade local. A retaguarda institucional está a cargo da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e na respectiva Escola Superior da Magistratura, e sua implementação está ancorada na 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude, competente para executar as medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes infratores (BRANCHER E AGUINSKY, p. 2).

Ainda segundo Brancher e Aguiskey,

algumas preocupações e questionamentos permeiam o Projeto Justiça para o Século 21: como resistir e recusar a uma cultura refratária às necessidades de desenvolvimento das crianças e adolescentes que se retroalimenta com a focalização das políticas públicas e a fragmentação das respostas institucionais e sociais às suas demandas por direitos? ; como superar abordagens meramente punitivas, ou meramente terapêuticas, e desenvolver estratégias que respeitem a autonomia dos sujeitos e de suas comunidades, ao mesmo tempo em que promovam o protagonismo responsável de todos na resolução sustentável dos próprios problemas no enfrentamento da complexa questão da violência?; como promover-se responsabilidades evitando-se as armadilhas das estratégias violentas, por um lado, ou permissivas, por outro, tão presentes nas práticas convencionais que convergem a este campo? Nesse sentido, (Brancher e Aguiskey) entendem que se faz necessário e oportuno o enfrentamento dessas e outras indagações conexas que tem sido a inspiração da introdução das concepções da Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude e, dentro dela, mais especificamente, da jurisdição penal juvenil, pelo projeto piloto do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Guarulhos/São Paulo

O Município de Guarulhos, em São Paulo tem o seu projeto de justiça restaurativa direcionado para as crianças e adolescentes, como proposta interdisciplinar. O Projeto de Mediação da vara da infância e da Juventude de Guarulhos[...], para atuar nas causas processuais da vara da Infância versando sobre: 1) atos infracionais de natureza leve; e 2) conflitos familiares. Desde a inauguração, já passaram pelo Setor mais de 1000 processos; o índice médio de Acordos nas mediações realizadas é de aproximadamente 85%(nos casos referentes a atos infracionais o índice é superior a 90%); e dentre as pessoas atendidas, mais de 90% se dizem satisfeitas ou muito satisfeitas. Deve-se ressaltar que este projeto, embora defenda a utilização do mecanismo da justiça restaurativa, tem um escopo mais amplo na difusão e aplicação de mecanismos educacionais, para prevenir e não reprimir. (MAZDA, apud PEIXOTO, 2009. p.104)

Joinville/Santa Catarina

A prática da justiça restaurativa foi instituída no município de Joinville, Santa Catarina, pelo Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, através da Portaria nº 05/2003, também direcionada para o público infante-juvenil, dando aplicabilidade ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), com a finalidade de promover a mediação na prática de atos infracionais. A prática de mediação abrange, neste projeto, prioritariamente, adolescentes primários e que cometeram atos tipificados como crimes de menos potencial ofensivo. Nestes casos, poderá o Juiz, observando a gravidade e circunstância dos fatos e do infrator, de modo particularizado, ante a ausência de violência ou grave ameaça no cometimento dos fatos, e nos casos em que o adolescente tenha se conciliado com a vítima e tenha assumido o compromisso de reparar o dano causado à vítima ou ao terceiro prejudicado, bem como se comprometido a seguir as atividades educativas propostas pela equipe Interprofissional, aplicar a remissão suspensiva ou definitiva. A conciliação somente terá validade quando o adolescente reconheça o dano causado e se desculpe perante a vítima, e esta aceite suas desculpas e, havendo possibilidade, repare o dano causado. (PEIXOTO, 2009.p.105)

O Projeto em Salvador/BA

Na capital baiana, funciona o Núcleo Integrado da Conciliação (NIC), que adota práticas restaurativas como forma de solução dos conflitos interpessoais.

O NIC é o único núcleo de Justiça Restaurativa de Salvador e atende a região do Largo do Tanque, vem atuando desde 2010, em parceria com voluntários, como assistentes sociais, psicólogas e estudantes de Direito, com o objetivo de pacificar conflitos nas comunidades e impedir que outros surjam. O núcleo tem por objetivo alcançar consenso entre as partes e, para isso, envolve a vítima, o infrator, terceiros afetados pela infração e membros da comunidade para refletir e tentar construir uma solução para o problema. De janeiro a junho de 2014, o núcleo atuou em cerca de 50 processos por mês, realizou 458 atendimentos psicológicos às partes, fez 34 encontros restaurativos e estabeleceu 18 acordos. Para a juíza Joalice Maria Guimarães de Jesus, titular do juizado especial criminal do Largo do Tanque, que comanda o núcleo, a Justiça Restaurativa não tem função punitiva, mas de harmonizar os conflitos. “A prática não apenas acaba com o conflito, como restaura as relações quando necessário que continuem em convivência”, disse a magistrada. [...]. A atuação preventiva é uma das características da Justiça Restaurativa, que impede que novos conflitos surjam. Em um caso que chegou ao núcleo, por exemplo, vizinhos brigavam e se provocavam constantemente. O conflito estava tomando proporções cada vez maiores. Após a intervenção do núcleo, foi possível fazer um acordo entre eles, permitir que entendessem a rotina de cada um e surpreendentemente, tornaram-se amigos. “Muitas vezes enfrentamos a resistência de advogados, que preferem o rito formal que coloca as partes como adversários”, conta a juíza Joalice. (CARVALHO, 2014)

Pelos registros acima, de projetos sobre práticas restaurativas desenvolvidos pelo poder judiciário, percebe-se que a adoção da Justiça Restaurativa tem resultados satisfatórios, não somente na esfera do direito penal comum, mas também quando aplicado ao direito penal juvenil inserto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de pacificação dos conflitos. Destaque-se que os encontros oportunizados entre os atores envolvidos na violência, seja ela, no âmbito familiar ou social comunitário, e devidamente acompanhado pela comunidade de assistência, contribuem de forma significativa para o reconhecimento das responsabilidades inerentes a cada um dos envolvidos.

No Brasil, percebe-se uma grande incidência da violência juvenil no âmbito escolar, que em regra ocorre devido à intolerância e ausência de diálogos entre os alunos, especialmente pela inabilidade, destes, no tocante às relações pessoais, acaba por generalizar o conflito, com reflexos nos demais integrantes da comunidade escolar, como: corpo diretivo escolar, professores e demais servidores.

Contudo, para buscar uma solução adequada, é necessária a participação dos alunos, pais, mães, demais responsáveis pelos alunos, professores, enfim, toda a comunidade escolar. Nesse sentido, a mediação, como forma de aplicação da justiça restaurativa, promovendo a cultura do diálogo, tende a ser um instrumento eficaz de pacificação dessa forma de violência.

Nesse contexto, a utilização das práticas restaurativas com suas variadas metodologias, no âmbito escolar, decerto que trariam resultados expressivamente positivos. A comunidade escolar é um ambiente adequado para o debate sobre questões de convívio social, consignando aspectos da cidadania e respeito aos direitos individuais e coletivos, apto a desenvolver na criança e no adolescente o senso de responsabilidade coletiva.

4.6 A Justiça Restaurativa e as Medidas Socioeducativas

As medidas socioeducativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente têm um viés pedagógico, contudo, nenhuma delas por si só possibilita que o conflito estabelecido pelo autor do ato infracional seja resolvido de forma a restabelecer relações sociais entre as partes afetadas, principalmente, considerando a violência praticada no âmbito escolar e da comunidade local.

Todas essas medidas apresentadas são precedidas de caráter sancionatório, o que inicialmente conduz o ofensor a se comportar de forma dissimulada no sentido de não assumir a responsabilidade pelo seu ato lesivo sobre a vítima.

Os adolescentes, em algumas situações, aparentam estar arrependidos, como forma de amenizar a punição. Esses adolescentes têm uma convivência familiar conturbada por fatores como: pais separados, violência doméstica, alcoolismo e uso de drogas pelos pais, gravidez precoce, desestruturação familiar, ausência de diálogo.

A importância da comunicação, tanto no falar como no ouvir, ela é um dos fatores que incrementam a violência. É a escola, que acaba reproduzindo todos os valores da justiça retributiva – exclusão, avaliação e diagnóstico de julgamento. Se quisermos fazer justiça, não será por julgamento. Nosso compromisso é com a justiça e esta não se faz por julgamento, mas sim por meio de diálogo e cooperação, com as próprias partes estabelecendo suas regras, depois de entrarem em contato com as necessidades recíprocas. (PENIDO, CAMARA DEPUTADOS. 2007.p.22/23)

Nesse sentido, os adolescentes infratores desconhecem conceitos como: educação, respeito, responsabilidade, coletividade, solidariedade, etc., desconhecendo a convivência comunitária harmoniosa. Assim, qualquer das medidas socioeducativas que venham a ser aplicadas em cada caso concreto, dificilmente conseguirão sensibilizar os jovens infratores a reconhecer o mal causado. Daí a importância dos encontros como forma de propugnar a justiça restaurativa.

Nos encontros, como há uma atuação de uma equipe multidisciplinar, pessoas devidamente capacitadas vão conseguir fazer com que a pessoa entre em contato verdadeiramente com suas emoções e muitas vezes tenha a dimensão do que ela pode causar ao outro, principalmente porque ela vai vivenciar, vai escutar o relato, o que a pessoa passou com a atitude dela.(TÁVORA, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.37)

A violência de menor grau de lesividade, como também a mais grave, se tratada por meio do sistema convencional, por meio de advertência, por exemplo, só tende a agravar o conflito já instaurado, pois não chegará à raiz da causa, mas tão somente imputar a responsabilidade pelo dano, e mais ainda quando o adolescente já é estigmatizado pela comunidade escolar.

Igualmente ocorre nas situações em que a lesão é mais grave, o Conselho Tutelar é acionado, ou quando o adolescente é encaminhado ao Juizado da Infância e Adolescência, estará ao alvitre da justiça, e depois de todo o procedimento concluído, em regra são aplicadas as demais medidas, como: obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade, internação.

A admoestação, preconizada pela advertência, ou qualquer das medidas seguintes, per si, não consignam a assunção da responsabilidade pela agressão, na medida em que não se promove, em regra, um encontro entre as partes envolvidas para, por meio do diálogo, estabeleça uma solução satisfatória para o conflito entre o ofensor, a vítima e a comunidade.

Justiça Restaurativa é um termo genérico para todas as abordagens do delito, que busca ir além da condenação e da punição e abordar as causas e as consequências das transgressões, por meio de formas que tomam com responsabilidade a cura e a Justiça.(CHRIS MARSHALL apud, MELLO, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.29)

A Justiça Restaurativa não busca neutralizar as medidas socioeducativas, mas, agregar novos valores, envolvendo todos os agentes do conflito, conforme cada caso, buscando estabelecer uma comunicação, um diálogo.

A proposta é oportunizar à vítima participação nas etapas do processo restaurativo, tendo o entendimento de estar sobre o controle de suas ações, antes reprimida pelo ofensor. Isto pode ocorrer promovendo-se um encontro entre vítima e ofensor, para que cada um possa relatar as suas angústias, sofrimentos, motivos e entendimento pelo ato praticado. Como resultado, surge a possibilidade de o agressor entender as consequências do seu ato, e assim possa realmente se sentir responsabilizado ante a vítima. Este encontro pode ocorrer antes da aplicação da Advertência, para que a admoestação proferida pelo juiz tenha um efeito mais concreto e eficaz.

A obrigação de reparar os danos, no caso de infrações com lesividade mínima, mas com reflexos patrimoniais, prevista no ECA, objetiva recomposição pecuniária. Contudo, o fato de ressarcir o prejuízo material causado não induz ao reconhecimento da responsabilidade. Posto que, em regra, o menor infrator por não dispor de capacidade financeira de arcar com o custo do dano patrimonial, que recai sobre seus responsáveis, e acaba por não reconhecer a sua responsabilidade perante a vítima e a comunidade.

Desta forma, também segue o mesmo entendimento na aplicação da JR, pela promoção de encontros entre a vítima, ofensor e seus familiares, para que possam estabelecer o quantum da extensão do dano, a possibilidade de ressarcimento, e a forma como o adolescente possa reparar os prejuízos causados.

Neste caso, a participação da família do ofensor é de suma importância, transmitindo apoio moral e reconhecimento da responsabilidade pelo dano, garantindo a execução do acordo. Esse encontro pode ser somente entre a vítima e o ofensor, ou incluir outras pessoas, familiares e comunidade, interessadas na solução.

A diferença substancial entre a Justiça Restaurativa e a Justiça tradicional não é a maior ou menor gravidade da pena, mas a possibilidade de que todos os envolvidos, vítimas e ofensores, contribuam efetivamente para a solução não apenas do processo criminal, mas principalmente dos

problemas que estavam por trás do processo (MÁERCIA, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.32).

O fator preponderante neste encontro é estabelecer um diálogo entre as partes, conduzindo a um entendimento sobre assunção da responsabilidade e formas de reparar o dano, tanto quanto o estabelecimento de medidas cabíveis de prevenção.

Assim, o ressarcimento patrimonial não reflete para a justiça restaurativa a mesma importância como é concebido pelo Estatuto, numa perspectiva reparadora.

A restauração pode ocorrer em vários níveis, sendo eles emocional, psíquico e material, o que favorece o desenrolar do processo, alcançando um dos mencionados níveis, sendo alcançado um desses níveis, já podemos considerar que houve Justiça Restaurativa. Mesmo que o processo retornando, quando não há acordo restaurativo, à Justiça Comum (SÓCRATES, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.39).

Nesse entendimento, percebe-se que a Justiça Restaurativa não tende a substituir as medidas socioeducativas, mesmo aquelas destinadas aos casos de violência mais grave, mas tão somente, possibilitar, por meio dos encontros, que o ofensor reconheça o mau perpetrado, e perceba a sua responsabilidade, independente das medidas sancionatórias. Assim como, que as vítimas diretas ou indiretas, atingidas pela violência, sintam-se atendidas em suas necessidades, sejam emocionais ou materiais. A partir disto, estabelecer novos olhares de ambas as partes, numa tentativa de prevenir as causas motivadoras da violência, e a pacificação comunidade escolar e local.

A medida de Prestação de Serviço à Comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, realizado pelo adolescente infrator por determinação judicial. Contudo, esta medida pode ter sua eficácia mitigada, sob aspecto do valor moral, pois, se o processo adotado, judicializado ou não, não tiver o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar.

Os círculos restaurativos possibilitam encontros entre as partes direta e indiretamente envolvidos, para, por meio de diálogos, encontrarem soluções cabíveis ao caso concreto. Nesta ocasião, o ofensor tende a perceber perante os demais envolvidos a extensão de sua responsabilidade pelo dano causado, corroborando de forma espontânea para a compensação dos prejuízos frente à vítima e a comunidade, demonstrando o arrependimento e a busca por uma oportunidade de reintegração social.

Nesse sentido, o ponto principal nesta prestação de serviço à comunidade, na concepção restaurativa, reside no sentido de o infrator assumir sua responsabilidade e voluntariamente participar de atividades de trabalho comunitário que reforcem a ideia de que reconheceu o erro, e busque reparar o dano, no intuito de restabelecer as relações pessoais afetadas pela agressão. Possibilitando, assim, que vítima e comunidade atuem de forma conjunta para o seu acolhimento, e estabeleçam diálogos para a prevenção de novos conflitos.

A Liberdade Assistida, a Semiliberdade e a Internação, são medidas associadas a uma forma mais grave de cometimento de ato infracional, na qual o menor infrator é obrigado a comparecer periodicamente e ser acompanhado de um orientador designado pelo juiz, ou a mantê-lo em regime de internato, tais medidas são previstas pelo ECA para situações em que a lesividade é mais grave que as ocorrências anteriormente registradas.

Na esteira de(KONZEN, 2007, p.68),

Se a solução não é precisamente a medida de privação ou de restrição de liberdade, e na falta do que por no seu lugar, não seria o caso de se apostar em outra lógica para resolver o conflito? No lugar de pensar alternativas à medida, não seria o caso de se começar a pensar em alternativas ao modo como o Estado, papel que se reforçou pela tradição garantista, apropriou-se do poder de dizer a solução do conflito, sem a obrigação de considerar fundamentalmente, os interesses e as necessidades dos diretamente envolvidos.

Neste sentido, a justiça restaurativa prevê uma modalidade de encontro mais adequada e pormenorizada em estratégias e planejamentos, por tratar-se de situação mais complexas, e agentes psicologicamente vulneráveis, e em razão do grau de violência praticada. A vítima, a comunidade e o próprio infrator tendem a ser mais resistente à proposta de encontro. Neste caso, a modalidade de encontro proposto é o círculo restaurativo.

O fato de haver uma prática restaurativa não significa que a pena será dispensada, que o infrator será dispensado de uma punição, mas, se houver uma composição, se de alguma forma conseguir restaurar o ambiente afetado pelo crime, pode ter uma resposta diferente sem que haja negativa da resposta estatal tradicional (AISTON, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.29).

No contexto escolar, nos casos em que há uma agressão de natureza mais grave, é possível a ocorrência da justiça restaurativa, promovida por meio do círculo restaurativo, com a presença do agressor, da vítima, e dos familiares de ambos. Todos os envolvidos na violência são acompanhados de uma equipe multidisciplinar, coordenados por um psicopedagogo, ou outro profissional da própria escola, devidamente capacitado para a prática restaurativa, buscando a solução do conflito, conscientizando-os das consequências advindas pelo ato cometido. Nesse encontro, se for o caso, com aquiescência dos envolvidos, a situação poderá ser encaminhada à Promotoria e Juizado da Infância e Adolescência com o resultado do acordo firmado no círculo restaurativo, para uma possível remissão pelo juiz.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tem uma abertura muito larga com a remissão, que pode ser aplicada a qualquer tipo de ato infracional. Um acordo formulado pelas partes, entre os menores, por exemplo, em qualquer tipo de ato infracional, pode ser submetido à homologação pelo promotor e pelo juiz no âmbito da infância e da juventude (TÁVORA, CAMARA DEPUTADOS.2007.p.34).

O aparelho repressivo do Estado, não propicia uma internação adequada ao menor infrator, tendo em vista as condições precárias desses centros de acolhimentos, que são muito distantes do modelo ideal para atendimento.

Assim, como a finalidade da sanção imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem caráter eminentemente pedagógico, há de se pensar se a remissão com base no círculo restaurativo, não seria mais eficaz que outras medidas possíveis previstas pelo Estatuto, considerando que os efeitos do processo restaurativo sejam conscientizar o infrator sobre sua responsabilidade, e prevenir novos atos infracionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e os adolescentes ao longo de séculos foram injustiçadas, coisificadas, violadas em seus direitos humanos, segregados socialmente, desrespeitadas em seus direitos mais básicos, o de ser tratada como criança em fase de desenvolvimento físico e psicológico.

Conforme visto, desde a etapa da indiferença até a tutelar, o tratamento penal dispensado aos “menores” envoltos na criminalidade sempre foi baseado em códigos retribucionistas, onde lhes eram imputada uma sanção por sua condição social, e muito menos pelo fato delituoso praticado. Julgados e condenados nos mesmos termos que os adultos. Todavia, com o advento da CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, passa-se a uma concepção diferenciada sobre a questão da responsabilização juvenil.

A lei 8.069/1990 instituiu o Princípio da Proteção Integral, promovendo a respectiva observâncias garantias e direitos fundamentais e individuais das crianças e adolescentes. Entretanto, ainda é possível se observar o descumprimento ao consignado no Estatuto da Criança e do Adolescente em algumas Varas da Infância e Juventude, onde o adolescente tem sua liberdade negociada, em verdadeiro desrespeito à Constituição Federal, ao ECA e aos princípios processuais penais.

O Direito Penal Juvenil esta inserto no Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de garantir-lhes a observância aos princípios processuais penais, quando da verificação da autoria, e materialidade do fato delitivo, como para a execução das medidas sócio-educativas, por isso a importância da salvaguarda do Garantismo penal. Em face destas constantes inobservâncias aos direitos e garantias individuais das crianças e adolescentes, é que se faz necessário a consolidação do Garantismo no Direito Penal Juvenil, introduzido no ordenamento pelo Estatuto infantojuvenil.

Diante do já exposto, a ausência de políticas públicas compromissadas em desenvolver projetos sociais que garantam uma educação e assistência à saúde com qualidade às comunidades carentes, profissionalização técnica, entre outras ações, certamente contribuem para o aumento da violência juvenil. Não obstante ao descaso estatal, a violência familiar, a estigmatização do adolescente na comunidade em que vive, contribui de forma significativa para o incremento da violência juvenil. Associado a estes fatores, existe ainda a influencia e captação de menores pelas organizações criminosas que passam a envolver, também, crianças em situação de vulnerabilidade social, compulsando-os à prática de atos infracionais, sob o argumento de que não poderão ser responsabilizados.

O tratamento dispensado aos adolescentes em muitos casos contribui para agravar o estado sócio-moral destes jovens. Posto que, a execução das medidas socioeducativas não contribui de forma significativa para a ressocialização desses adolescentes. Ao contrário, medidas como: prestação de serviço à comunidade, liberdade vigiada ou recolhimento em casas de acolhimentos para os casos de internação quando aplicadas somente em caráter retribucionista, ainda que apresentem um viés pedagógico, não operam na estrutura psicológica destes adolescentes, de forma a promover o necessário senso de responsabilidade perante os fatos praticados em dissonância ao regramento jurídico.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa por sua concepção de responsabilização do autor de ato infracional, empoderamento da vítima e co-responsabilidade da comunidade, favorece a uma maior possibilidade de efetivação das medidas socioeducativas. Contudo, necessário também a observância das garantias processuais quando o caso concreto assim o recomendar.

A Justiça Restaurativa tem alguns pressupostos como: a inclusão da vítima e comunidade na participação da solução do conflito causado pelo delito; a reparação e a restauração do dano causado pelo delito; a busca de uma postura responsável do infrator mediante a reflexão das causas do delito e a procura de meios para o restabelecimento da paz social. Assim, é primordial a inserção da prática restaurativa na cultura escolar, e na comunidade, buscando consolidar a

implementação, cada vez mais, do diálogo como forma de solução dos problemas relacionados violência.

Percebe-se desta forma, que a Justiça Restaurativa, estabelece a solução pacífica de conflitos mediante processo de empoderamento dos principais atores - vítima, ofensor e comunidade – objetivando, com o auxílio e parceria com voluntários, assistentes sociais, psicólogas e estudantes de Direito a corroborar na restauração dos laços afetivos, familiares e sociais no seio da comunidade.

Nesse contexto, a aplicação de medidas sócio-educativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, amparado pelo Princípio da Proteção Integral, terá sua eficácia ampliada e ressignificada, mediante a relevante contribuição desse modelo alternativo de solução de conflitos – que é a Justiça Restaurativa, fundamentada no envolvimento de todos os agentes atingidos pelo conflito, especialmente a violência juvenil.

Por todo o exposto, corrobora o entendimento que o ECA estabelece uma abordagem pedagógica para a sanção imposta aos adolescentes infrator, a partir das medidas socioeducativas. Contudo, essas medidas devem, necessariamente, serem prescindidas de práticas restaurativas, que desenvolvam o senso de responsabilidade na solução e prevenção de novos conflitos, por meio do diálogo.

De certo que, a escola, formadora do indivíduo enquanto cidadão, é o ponto central de inserção da JR, pois, é através da educação, em seu sentido mais amplo, que se transforma uma sociedade. A criança e o adolescente, em condição peculiar de desenvolvimento físico e psicológico, certamente terão internalizado conceitos de responsabilidade, solidariedade, respeito ao outro, consciência coletiva, passando a perceber-se parte da sociedade, responsável por si e pelo outro.

Os projetos desenvolvidos pelos tribunais de justiça, especificamente com iniciativa de juízes, em algumas cidades brasileiras demonstram a eficácia da prática restaurativa. Tais projetos devem ser estimulados e ampliados para outros Estados,

e especialmente para varas da infância e juventude, como forma de controle e prevenção à reincidência delitiva de adolescentes.

No entanto, a solução precípua para controle social perpassa pelo implemento de políticas públicas voltadas para melhoria da educação, assistência à saúde, atividade esportiva, cultura, lazer, pois, certamente, contribuiriam de forma eficaz para prevenção da violência juvenil. Busca-se, também, combater a injustiça promovida pela notória desigualdade social, prevalecendo o respeito ao Princípio da Dignidade Humana, nele compreendido os direitos fundamentais, as garantias individuais e sociais previstos na Constituição Federal, que busca o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Importa ressaltar que a Justiça Restaurativa não tem a pretensão de destituir o jus puniendi do Estado, mas, contextualizar as sanções impostas pelas medidas socioeducativas, por meio do diálogo entre as partes envolvidas para recompor os laços afetivos e comunitários, e assim, minorar a incidência da dor e do sofrimento que essas medidas provocam. Como conseqüências restariam alcançadas os objetivos primordiais, quais sejam: respeito aos direitos fundamentais e individuais, resgate da cidadania e a paz social.

REFERENCIAS

BARBOSA, Danielle R.; SOUZA, Thiago S. **Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. **Projeto Justiça para o Século 21**. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=244&pg=0#.VTZjkyFViko>>. Acesso em 21 mar. 2015

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **Pensar a justiça restaurativa no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. 60 p. – (Série ação parlamentar; n. 341). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3978>>. Acesso em 21 mar. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal** 1988. Vade Mecum Saraiva.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1752p, dez.2013.

BRASIL. [DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890- Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.html). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.html>. Acesso em 30 jul. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Saraiva. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1752p, dez.2013.

BRASIL. [LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.html). Código Criminal do Imperio do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.html>. Acesso em 30 jul. 2017

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 21 mar. 2015

CARVALHO, Luiza de. **Núcleo de Justiça Restaurativa pacifica conflitos em Salvador - Agencia CNJ de Notícias**. 13 Nov. 2014. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62238-nucleo-de-justica-restaurativa-pacifica-conflitos-em-salvador>>. Acesso em 07 set. 2017.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DALCIN, Wagner. **Direito penal juvenil a prescrição dos atos infracionais**: monografia apresentada à escola superior da magistratura como requisito para a aprovação no nível III do curso de preparação à magistratura – Escola Superior da Magistratura – Ajuris, Porto Alegre, Abril de 2007.

DIGIÁCOMO, Murillo J.; DIGIÁCOMO, Ildeara A. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6ª ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

FELLER, Marcelo. **Prender para confessar é uma realidade das varas da infância de São Paulo**. 10 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/marcelo-feller-prender-confessar-rotina-varas-infancia>. acesso em 05 jun.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio – 4. ed. ver., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Francisco A. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006.

GOMES, Luiz F.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ISHIDA, Válter K. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIBERATI, Wilson D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LINCK, Valéria de S. **O Sistema de Justiça Penal e a Justiça Restaurativa: Concepções Filosóficas e Psicológicas**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Ciências Jurídicas, 2008.p.67-95. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=12270@1>. Acesso em 21 nov. 2014.

MELO, Eduardo R.; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania C. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em 12 dez. 2014.

ONU. **Princípios Básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Resolução 2002/12. 37ª Sessão Plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VXCbNc9Viko>>. Acesso em: 21 mar. 2015

CNJ. Resolução nº 125/2010 - Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 03 nov. 2017.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo – SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: CONANDA, 2006.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Coletânea de Artigos. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em: 18 abr.2015

SOUZA, Tatiana S. **A doutrina da proteção integral e a possibilidade de um direito penal juvenil**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 2, p. 159-179, maio/ago. 2013.

SPOSATO, Karyna B. **Direito penal de Adolescente: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011

_____. **O Direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

UNICEF. **A Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adaptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em 10 mar. 2015

VICENTIN, Maria C., et al. **Adolescente e sistema de Justiça: Problematizações em torno da Responsabilização em contexto de vulnerabilidade social**. Responsabilidade. Belo Horizonte. V.1, n.2, p.271-295. Set.2011/fev.2012. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao02/8.pdf>. Acesso 20 abr. 2015

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.