

**A TEORIA DO  
GARANTISMO  
JURÍDICO NO  
DIREITO  
CONSTITUCIONAL  
DA INFÂNCIA E  
JUVENTUDE**

---

**MAYARA DO NASCIMENTO E SILVA**

**A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO  
NO DIREITO CONSTITUCIONAL DA  
INFÂNCIA E JUVENTUDE**



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).  
Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações  
4.0 Internacional.

## **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA  
(Editor-Chefe)  
Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA  
Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Raquel Silvano Almeida-Unesp  
Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro  
Prof.<sup>a</sup>. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG  
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF  
Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ  
Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF  
Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE  
Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA  
Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Dayse Marinho Martins-IEMA  
Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Elane da Silva Barbosa-UERN  
Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

*Equipe RFB Editora*

Mayara do Nascimento e Silva

# **A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

1ª Edição

Belém-PA  
RFB Editora  
2023

© 2023 Edição brasileira  
by RFB Editora  
© 2023 Texto  
by Autor  
Todos os direitos reservados

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
91985661194  
www.rfbeditora.com  
adm@rfbeditora.com  
Belém, Pará, Brasil

**Editor-Chefe**  
Prof. Dr. Ednilson Ramalho  
**Diagramação e capa**  
Worges Editoração  
**Revisão de texto**  
Autor

**Bibliotecária**  
Janaina Karina Alves Trigo Ramos-CRB  
8/9166  
**Produtor editorial**  
Nazareno Da Luz

#### Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)



T314

A teoria do garantismo jurídico no direito constitucional da infância e juventude / Mayara do Nascimento e Silva. – Belém: RFB, 2023.

Livro em PDF  
104p.

ISBN 978-65-5889-653-1  
DOI 10.46898/rfb.93aeb249-8e97-4c8d-a30d-f34e9fabbe3c

1. Teoria do Garantismo Jurídico. I. Silva, Mayara do Nascimento e. II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito.

O maior desafio ao garantismo na atualidade é elaborar técnicas de decidibilidade no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

Luigi Ferrajoli



# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE HUMANA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS</b> .....	<b>15</b>
1.1 A evolução histórica da categoria “infância” .....	16
1.2 Os direitos da criança e do adolescente no contexto internacional .....	23
1.3 Regras e Diretrizes das Nações Unidas em matéria de crianças e adolescentes .....	26
1.4 Os direitos da criança e do adolescente no contexto brasileiro .....	36
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>A CONSTATAÇÃO DE UMA CRISE DE EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE</b> .....	<b>45</b>
2.1 Crime e pena <i>versus</i> ato infracional e medida socioeducativa .....	46
2.3 O infrutífero debate para a redução da maioridade penal.....	64
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>A TRANSPOSIÇÃO TEÓRICA DA TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO PARA O DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE</b> .....	<b>71</b>
3.1 Noção preliminar sobre a teoria geral do garantismo jurídico .....	72
3.2 Acepções do termo garantismo .....	75
3.3 Elementos da teoria geral do garantismo.....	85
3.4. A transposição da teoria geral do garantismo jurídico para o Direito Constitucional da Infância e Juventude .....	86
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>97</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>99</b>





## APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, acolhendo demandas externas e internas, afirmaram direitos fundamentais para crianças e adolescentes, com alto nível de especificação de conteúdo, mas, na prática, são vários os desafios para efetivar esses direitos. Após a descrição dos direitos fundamentais do segmento infanto-juvenil e seus contornos históricos, legais e teóricos, propõe-se a utilização da teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, para trazer esses direitos à luz da reflexão teórico-jurídica; visto que, a partir da constatação de uma crise de efetividade, os elementos teóricos garantistas se propõem a buscar solução dentro do próprio ordenamento jurídico a partir das garantias constitucionais. Propõe-se, desta forma, a transposição da teoria do garantismo jurídico para o Direito Constitucional da Infância e Juventude, enquanto ramo jurídico específico e diferenciado, com o intuito de contribuir para redução da distância entre as prescrições normativas e a realidade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.



## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa surgiu a partir da observação de uma das maiores problemáticas atuais, qual seja a crescente e recorrente violência praticada pelo segmento infanto-juvenil e, correlacionado a tal fato, um elevado déficit de efetividade normativa da legislação concernente ao público mencionado. Dessa constatação surgiu a seguinte indagação: o paradigma do “menor” infrator, enquanto indivíduo delinqüente e perigoso o qual requer atenção por ser um problema social, tão combatido desde o século passado, foi superado?

De fato, o ideal de infância e de adolescência associado a sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ainda não se concretizou no contexto da realidade brasileira. Desse modo, crianças e adolescentes são vítimas não apenas dos pais e de uma sociedade inerte, mas primordialmente do próprio Estado omissor e descumpridor dos seus deveres constitucionais, tendo em vista a necessidade de políticas públicas integradas de educação, saúde, profissionalização, cultura e assistência social para a garantia dos direitos desse grupo.

Apesar disso, assistimos atualmente a uma reação de combate ao ECA, que atualiza a crença na repressão à violência como solução primeira para problemas sociais, em detrimento do modelo de proteção integral. As doutrinas do direito penal do menor e da situação irregular ainda perseveram como mediadores simbólicos das práticas concretas junto à infância e à adolescência brasileiras. A qualificação do ECA como defensor da impunidade é cultivada pela mídia e opinião pública, no entanto, o que se observa é o aprofundamento da disparidade entre o texto legal e a efetividade de direitos reconhecidamente fundamentais. Sem dúvida, as dificuldades relativas ao reconhecimento teórico-prático da condição de sujeitos de direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes ainda são relevantes.

Este trabalho analisa os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, criados pelo direito positivo pátrio com a vigência da Constituição de 1988, a teor do que dispõe o artigo 227, e a correspondente regulamentação deste artigo implementada pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.096, de 13 de julho de 1990. Os direitos das crianças e dos adolescentes, além dos instrumentos normativos mais importantes mencionados, estão presentes em documentos internacionais, os quais foram internalizados pelo ordenamento pátrio, a exemplo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, considerada a declaração universal dos direitos do segmento infanto-juvenil.

Inicialmente, a análise do processo histórico demonstrou a consolidação e a ampliação dos direitos fundamentais, em razão da alteração da posição da criança e do jovem face à lei a partir da emergência da noção de infância. A consagração do princípio

concernente à proteção integral de crianças e adolescentes, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988, no entanto, ainda não conseguiu efetivar-se de forma plena. Tendo em vista a grande parcela de crianças e adolescentes que ainda se encontra em situação de carência econômica, social e familiar.

Sem dúvida, tal realidade precisa ser revertida, pois vai de encontro ao direito da proteção integral, que se entende ser abrangido não por um único direito específico, mas sim

todos aqueles concernentes aos planos civil, político, social e cultural. Ressalte-se que, em virtude de estarem em desenvolvimento físico e psíquico, as crianças e os adolescentes necessitam de um tratamento diferenciado, sendo de extrema relevância que a eles sejam instituídos direitos e garantias que permitam o pleno desenvolvimento para tornarem-se cidadãos adultos integrais na sociedade.

O marco teórico adotado será o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, cuja teoria tem como expressão a sua mais importante obra, intitulada *Diritti e Ragione*, de 1989, traduzida pela primeira vez para o espanhol em 1995. A importância da utilização da teoria geral do garantismo na análise aqui pretendida reside na constatação de que suas bases – a centralidade da pessoa e a instrumentalidade do Estado e do Direito – abrem diversas possibilidades, entre elas: a definição formal de direitos fundamentais; a distinção entre legalidade formal e legalidade substancial; a consolidação da noção de democracia substancial; a dissociação entre direitos fundamentais e suas garantias; a classificação das garantias como primárias e secundárias; a distinção teórico-jurídica entre vigência, validade e efetividade. Outras obras de Luigi Ferrajoli e a teoria defendida pelo autor serão aqui utilizadas para a elucidação do sentido dos elementos teóricos garantistas aptos à problematização acerca do sistema de garantias de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

O autor em referência desenvolve um normativismo crítico e realista, que se debruça sobre as divergências entre a realidade empírica do direito e o dever ser jurídico-constitucional ao qual essa realidade deveria limitar-se. A escolha da temática deve-se ao fato de que a teoria do garantismo jurídico identifica a crise na efetividade do modelo de Estado constitucional de Direito vigente, decorrente do constante desrespeito a dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais e se propõe a buscar soluções dentro do próprio ordenamento jurídico a partir das garantias constitucionais, as quais destinam-se à difícil tarefa de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela dos direitos. Desta forma, o posicionamento dos direitos fundamentais na teoria garantista é central para a compreensão da instrumentalidade do Estado e de seus poderes, assim como é importante para a compreensão da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes que, como já referido, é essencialmente matizada pelos direitos fundamentais desta população.

Os objetivos principais da pesquisa consistem em: construir a legitimidade humana de crianças e adolescentes como sujeito de direitos; apontar o déficit de efetividade normativa do Direito Constitucional da Infância e Juventude; além de transpor o aporte teórico do garantismo para esse ramo jurídico.

A partir da descrição da historicidade dos direitos da infância e juventude e da introdução de princípios oriundos de documentos internacionais, pretende-se explicar a evolução dos mecanismos de proteção à infância e à adolescência no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, estabelecer a diferenciação entre crime e ato infracional, entre pena e medida socioeducativa, entre Direito penal juvenil (discurso em voga atualmente) e responsabilização diferenciada do segmento juvenil. A partir disso, começar a tecer a crítica sobre as questões que hoje levantam “redução da maioridade penal”. Assim, a ideia é enfatizar a crise de efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, enfaticamente no que concerne aos direitos fundamentais e propor a transposição teórica da teoria geral do garantismo jurídico, desenvolvida por Ferrajoli, para o Direito da Infância e Juventude, enquanto ramo jurídico autônomo e dotado de normas especiais posto que direcionadas ao segmento infanto-juvenil.

O método de abordagem adotado será o indutivo, em função da possibilidade de se partir do objeto e, da análise do mesmo, retirar conclusões gerais acerca do tema. A técnica de pesquisa é exclusivamente bibliográfica, pois parte de obras importantes acerca do tema para possibilitar a análise de uma teoria e a posterior transposição da mesma para um ramo jurídico específico.



# **CAPÍTULO 1**

---

**A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE HUMANA DE  
CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE  
DIREITOS**



Este capítulo de iniciação é estruturado através da descrição da evolução do direito da criança e do adolescente no cenário histórico, apresentando os principais documentos nacionais e internacionais da infância e juventude. Portanto, descreve-se a evolução jurídica do direito da criança e do adolescente, contextualizando o tratamento dispensado a esse ramo jurídico ao longo da história. Nesse sentido, destaca-se a convenção internacional da Organização das Nações Unidas como ação fundamental na evolução jurídica infanto-juvenil. Ressalvam-se ainda a influência da esfera Constitucional e da Lei 8.069/90, como doutrinas fundamentais do direito da criança e do adolescente no Brasil.

A estrutura do trabalho gira em torno da proteção à infância e à adolescência prevista nos principais documentos internacionais, dentre os quais destaca-se a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e, no plano jurídico interno, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais descrevem os principais elementos da Doutrina da Proteção Integral, tendo nos direitos fundamentais especiais a garantia da proteção integral. O objetivo, desta forma, é explicar o *status* dos direitos fundamentais próprios deste grupo de pessoas que apresentam a característica especial de estarem em processo de desenvolvimento.

## 1.1 A evolução histórica da categoria “infância”

A evolução histórica explica que a criança não era categorizada enquanto ser humano, muito menos enquanto um cidadão completo. De fato, a constituição da criança enquanto ser social somente se concretizou a partir do momento em que a criança passou a ser valorizada pela sua própria singularidade. Assim, reconhecida como tal, passou a ser estudada como categoria social e, mais ainda, a ter *status* de “sujeito de direitos” na sociedade.

A criança só existia enquanto uma extensão do pai e não era objeto de preocupação pelo fato de não existir enquanto sujeito. Segundo Ariès (1981, p. 10), até o século XII ou XIII, inexistia na Europa o conceito de infância tal como ocorreu mais tarde, especialmente a partir do Iluminismo. E ser criança nem sempre foi sinônimo de fragilidade. A infância, tal como a conhecemos, é uma construção ou invenção da modernidade, concebida através de uma evolução cultural e histórica. Até os séculos XVII e XVIII a criança era apenas a projeção do adulto em escala reduzida. Logo que ela se livrava da dependência física, misturava-se aos adultos.

Somente a partir do final do século XVII, admite-se que a criança não estava preparada para entrar na vida adulta e que deveria, portanto, seguir um regime especial. A palavra infância, enfim, aproximava-se do sentido moderno. As mudanças eram realizadas sob diferentes aspectos. Num primeiro momento, ocorreu o que Ariès chama de “paparicação”, ou seja, a criança era tratada como um pequeno brinquedo ou animal de estimação usado para entreter os pais. As mudanças começavam, portanto dentro de casa, no relaciona-

mento familiar. A “paparicação”, um sentimento superficial que Ariès reconheceu como o primeiro indício para o reconhecimento das particularidades da infância, foi progressivamente substituído por um sentimento mais profundo. Num processo de privatização da vida familiar, as pessoas começavam a se organizar longe da vida pública, recolhendo-se em casa. Isso resultava em um novo sentimento, qual seja a família passava a se envolver num espaço restrito, aumentando o convívio entre pais e filhos. “A família tornou-se o lugar de uma afeição necessária entre cônjuges e entre pais e filhos, algo que não existia antes” (ARIÈS, 1981, p. 11).

Para o homem moderno parece ser incompreensível, mas, até o século XVII, o amor aos filhos não era algo óbvio. Portanto, somente a partir da descoberta de um mundo próprio e autônomo da infância, surge o afeto pela criança e os pais, então, começavam a preocupar-se com a educação, com a saúde e com a carreira de seus filhos. De fato, o clima moral predominante até o final da Idade Média permitia uma série de atitudes com relação à infância hoje em dia consideradas descabidas, como a realização de gestos e práticas obscenas na frente de crianças, o uso de linguagem grosseira na sua presença e o contato sexual entre adultos e crianças. Foi somente a partir do século XVII que sentimentos como o pudor e a vergonha começaram a ser incentivados na infância, e a criança começou a ser enxergada como um ser diferente do adulto, merecendo, portanto, um tratamento diferenciado. Seu caráter frágil, puro e inocente foi aos poucos enfatizado, e a criança foi progressivamente afastada das esferas adultas.

Desta forma, eram dois os sentimentos que caracterizavam a infância: a “paparicação” – sentimento superficial, nos primeiros anos de vida. E, posteriormente, a tomada de consciência da inocência e da fraqueza da infância. No entanto, o sentimento de uma infância curta persistiu ainda por muito tempo nas classes populares, ou seja, passados os cinco ou sete primeiros anos, a criança se fundia sem transição com os adultos. Portanto, verifica-se que a criança pequena era tratada como o centro de todas as atenções e tudo lhe era permitido. Contudo, já por volta dos sete anos de idade, ela passava a ser cobrada por meio de uma postura diferenciada, com as responsabilidades e deveres de uma pessoa adulta (ALBERTON, 2005).

Ressalte-se que a velha sociedade tradicional via mal a criança, e pior o adolescente. Desta forma, após o seu período mais frágil, a criança era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje. A transmissão dos valores e dos conhecimentos, e de modo mais geral, a socialização da criança não eram, portanto, nem asseguradas nem controladas pela família. A passagem da criança pela família e pela sociedade era muito breve e insignificante. Ariès (1981) declara que, até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia

a infância ou não tentava representá-la, apontando que tal ausência, dificilmente, devia-se à incompetência ou à falta de habilidade dos artistas, mas, provavelmente, ao fato de não haver espaço para a infância naquele contexto. Até o fim do século XIII, as crianças não eram caracterizadas por uma expressão específica, eram representadas como homens em miniaturas.

Além disso, a socialização da criança, geralmente, não era assegurada pela família, pois os filhos logo eram afastados dos seus pais, mas era garantida pela aprendizagem oriunda da convivência da criança ou do jovem com os adultos. De um modo geral, a criança aprendia ajudando os adultos a fazer as atividades. As relações entre pais e filhos não necessariamente eram pautadas pela indiferença, pois variavam de lar para lar, assim como acontece hoje, mas tratava-se de uma cultura em que a infância tinha um significado diferente do moderno. As pessoas, por exemplo, não podiam se apegar muito à criança, tendo em vista que era considerada uma perda eventual, diante dos altos índices de mortalidade infantil.

Essa indiferença com relação às crianças persistiu até muito tarde. O que existia era uma real situação de negligência perante o segmento ora em análise. No final do século XIV, sinais de uma nova relação com a criança surgem nos meios abastados das cidades. Trata-se menos de novas demonstrações de afetividade que de uma vontade cada vez mais reafirmada de preservar a vida da criança, tal atitude passou a ocorrer no seio das novas elites sociais da Renascença. A criança passa a ocupar um lugar importante entre as preocupações dos pais – os comportamentos familiares começam a modificar-se – essa mudança de atitude com relação à criança, que é fundamentalmente uma mutação cultural, ocorre ao longo de um período extenso. Impossível estabelecer uma cronologia precisa. A evolução se realizou sob o efeito das forças políticas e sociais.

No entanto,

É difícil acreditar que a um período de indiferença com relação à criança se teria sucedido outro durante o qual, com a ajuda do “progresso” e da “civilização”, teria prevalecido o interesse... O interesse ou a indiferença com relação à criança não são realmente a característica desse ou daquele período da história. As duas atitudes coexistem no seio de uma mesma sociedade, uma prevalecendo sobre a outra em determinado momento por motivos culturais e sociais que nem sempre é fácil distinguir (GÉLIS, 2009, p. 320).

Observa-se que, na cidade (Renascença), o recolhimento junto à família nuclear acarretou o arranjo de um espaço doméstico mais íntimo – as cidades italianas (Florença em particular) deram início a uma evolução nesse sentido já no séc. XIV; seguiram-nas a Inglaterra, a Flandres e a França no séc. XV e, sobretudo, no séc. XVI. Além disso, a partir da Idade Média, a educação passou a ser assegurada pela aprendizagem - Escolarização. A partir do fim do séc. XVII a família começou a se organizar em torno da criança.

O autor supracitado destaca que, sem dúvida, quem deu o tom das mudanças foram as cidades, local por excelência da inovação, pois foram nelas que, a partir do século XV, foi surgindo, progressivamente, a “família moderna”, limitada ao casal e aos filhos. Assim, efetuou-se uma dupla passagem: da família-tronco à família nuclear; de uma educação pública aberta e comunitária - cujo foco era integrar a criança na coletividade a fim de que incorporasse os interesses e os sistemas de representação da linhagem – a uma educação pública do tipo escolar, destinada também a integrá-la, facilitando o desenvolvimento de suas aptidões.

Ao longo do sec. XVII toda uma corrente pretendia impor regras de comportamento conformes ao decoro: Os Tratados de Civilidade<sup>1</sup>, durante muito tempo, foram descrições de boas maneiras que se dirigiam tanto às crianças quanto aos adultos, na medida em que ambos os grupos não as houvessem ainda aprendido. Assim como seus modelos antigos da Idade Média, eles explicavam como um homem bem educado se devia conduzir e lembravam os costumes estabelecidos. Na segunda metade do séc. XVII, as civilidades mantinham seu aspecto tradicional, mas reservavam um lugar cada vez maior aos conselhos educativos e às recomendações dirigidas apenas às crianças excluindo os adultos; descrevendo, principalmente, a maneira como a criança deveria se comportar, principalmente na escola.

Os moralistas e educadores do séc. XVII, os reformadores da Universidade de Paris do séc. XV, os fundadores de colégios do fim da Idade Média, conseguiram impor seu sentimento grave de uma infância longa graças ao sucesso das instituições escolares e às práticas de educação que eles orientaram e disciplinaram. De fato, observou-se uma relação entre a educação privada (afetividade) e a retomada do encargo do sistema educativo pela Igreja e pelo Estado, ou seja, a transferência do privado ao público coincidiu com a vontade do poder político e religioso de controlar o conjunto da sociedade. Além disso, visualizou-se a dupla passagem: da família-tronco à família nuclear e da educação pública comunitária à educação pública do tipo escolar.

Quanto à progressiva diferenciação entre o mundo adulto e o infantil, a noção de infância relaciona-se com o projeto iluminista e a idéia de escolarização, na medida em que se preconizou, ao longo da história moderna, que as crianças fossem retiradas das ruas e inseridas nas escolas, para que pudessem se ‘civilizar’, aprendendo a ler e desenvolvendo sua racionalidade. A introdução da educação compulsória no final do século XIX foi um dos principais fatores a separar as crianças dos adultos.

A categoria “criança”, portanto, definiu-se através de sua exclusão de domínios públicos como o da política e o do comércio e da sua sujeição a instituições especialmente concebidas para supervisionar os limites entre o mundo infantil e o adulto: a escola e

<sup>1</sup> Ver REVEL, Jacques. Os usos da civilidade. In: CHARTIER, Roger. (Org.). **História da vida privada**, 3: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

a família. Essa percepção da infância vai transparecer nas medidas tomadas pelo Estado para proteger as crianças, tornando-as dependentes dos adultos e legalmente removendo-as das esferas adultas do mercado e da comunidade cívica.

A idade de ouro da infância enquanto ideia de inocência e de preparação para o futuro durou 100 anos e vai de 1850 a 1950. Nesse período, a criança deixou de desempenhar o papel de trabalhador nas fábricas, foi levada a se preparar para as complexidades de um mundo em transformação, aumentando o período dedicado aos estudos, sendo, então, relegada ao espaço doméstico. Vale lembrar, entretanto, que até o século XIX, as crianças ainda costumavam trabalhar na lavoura junto às suas famílias. Porém, “com o advento da classe média e a crescente escolarização da população, o trabalho infantil passou a ser combatido pelas políticas públicas, contribuindo para a separação entre a vida adulta – suas regras e convenções e a vida “inocente e pura” das crianças” (JENKINS, 1998, p.19).

Portanto, a partir do séc. XIX começa a ganhar força o conceito de infância como ser singular, com características próprias, diferente dos adultos, tanto física como psicologicamente falando. Entendida como um ser humano criativo, interativo, histórico e inteligente, a criança passa a ser valorizada pela sua própria singularidade. Assim, reconhecida como tal, começa a ser estudada como categoria social e, mais ainda, a ter *status* na sociedade – “sujeito de direitos”.

No início do séc. XX, a inserção da mulher no mercado de trabalho se intensificou. O ingresso de grande contingente de mulheres nas atividades fabris faz surgir um movimento de luta por creches. Impulsionado por esse cenário de luta das mulheres trabalhadoras pela garantia de seus direitos, surge nesse período uma preocupação social com o grande contingente populacional infantil desprotegido e sem assistência da família ou do Estado. Desta forma, os direitos da criança e a preocupação social com a população infantil foram as principais inquietações no início do século XX, cujo marco emblemático foi a promulgação, em 1959, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil é signatário. Outro marco importante se deu em 1989, quando a ONU convocou uma conferência mundial da qual fora proclamada e aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

A partir da segunda metade do século XX, a retórica da proteção à infância sofreu mudanças. Não que diminuísse a mobilização da sociedade e dos indivíduos na sua luta pelos direitos da infância. Uma prova disso é a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, patrocinada pela ONU e assinada pela maioria dos seus membros. O que aconteceu foi a análise desses direitos e dessa proteção numa nova perspectiva, sobretudo a partir da reflexão de que a infância devia ser protegida também contra quem a protege, especialmente o Estado.

A mudança de paradigma também foi influenciada pelas novas teorias sobre a infância trazidas pelos estudos culturais - que desconstruíram a noção de um conceito único de criança -, e, ainda, pelas transformações sofridas pela própria família, que deixou de ser dirigida pela figura paterna. Essas transformações foram cruciais para que houvesse um deslocamento da discussão sobre os direitos da criança - não mais enfocada como diferente, menor e dependente - para a área dos direitos humanos em geral. Com relação ao termo adolescência, este surge no seguimento da delimitação do conceito de infância, sendo tal concepção construída enquanto fase distinta da infância e da fase adulta, ou seja, como uma fase de transição que encerra especificidades aos níveis físico e psíquico.

Nesse sentido, a Declaração da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 1989 e alimentada por uma visão liberal, foi certamente um marco importante. A Convenção obriga os países signatários a criarem dispositivos a fim de assegurar os direitos dispostos, tendo inclusive criado um Comitê para os Direitos da Criança, encarregado de supervisionar a atuação dos Estados. Marcada por uma abordagem liberal, que entende a separação entre adultos e crianças como arbitrária e opressora, a Convenção busca estender os direitos do cidadão às crianças, dando-lhes acesso aos supostos privilégios da idade adulta. Então, a partir da segunda metade do século XX, as crianças não são mais submetidas à soberania absoluta de seus pais, sendo eles obrigados a garantir certos direitos à criança - saúde, segurança, moradia e educação, por exemplo - sob a ativa supervisão do Estado.

Historicamente, a suposta irracionalidade da criança havia negado a ela o exercício dos direitos conferidos ao homem, colocando-a em um patamar jurídico diferente e inferior. Entretanto, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao mesmo tempo em que reafirma essa diferença, por tratar-se de um documento destinado especificamente à infância e preconizar certas proteções e cuidados em relação ao segmento, define uma série de direitos que aproximam a criança da condição adulta. Dentre as prerrogativas que exemplificam essa concepção mais liberal, vale destacar: o direito à opinião (art.12), à expressão (art. 13), à liberdade de pensamento (art.14), e ao respeito à vida privada (art.15).

O anúncio formal dos direitos da criança e a delimitação da infância e da adolescência face às outras fases da vida foi acompanhado de repercussões ao nível laboral (proibição da mão-de-obra infantil), socioeducacional (instauração da escolaridade obrigatória e de atividades próprias para as crianças e adolescentes) e ao nível legal. De fato, as categorias criança e adolescente, foram construídas histórica e socialmente conforme a época e a sociedade. Na Idade Contemporânea, houve um avanço na consolidação das políticas e práticas de proteção social para criança e o adolescente. Assim, tanto no Brasil como no contexto internacional, há um salto na promoção dos direitos infanto-juvenis.



A respeito da evolução jurídica do direito infanto-juvenil no Brasil, apesar de a Constituição de 1824 não fazer referência à criança e ao adolescente, é preciso salientar que “a doutrina penal do menor surgiu primeiro no Código Criminal de 1830, mantendo-se no Código Penal de 1890, ambos na vigência da CF de 1824.” (BITENCOURT, 2009, p. 38). Portanto, frente a isso se observa que até o ano de 1830, no Brasil, não havia nenhuma lei ou decreto que fizesse menção à criança ou adolescente. Em 1891 passa a vigorar a Constituição Republicana e o primeiro Código de Menores do Brasil, e também o pioneiro na América Latina, instituído pelo Decreto n.º 17.943-A de 12.10.1927, que pretendeu sistematizar a ação de tutela e da coerção (para reeducação). Conforme Alberton (2005, p. 45), esse Código tratava de duas classes de sujeitos menores de 18 anos: o abandonado e o delinquente, sendo que o avanço se deu no fato de que a punição pela infração cometida deixa de ser vista como sanção-castigo, para assumir um caráter de sanção-educação por meio da assistência e reeducação de comportamento, sendo dever do Estado assistir os menores desvalidos. Esse Código veio a ser revogado no ano de 1979, por meio da Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979.

O Código de Menores de 1979 (Lei n.º 6.697/79), por sua vez, era voltado para a assistência, proteção e vigilância, fundamentado na doutrina da situação irregular do menor. Segundo Azambuja (2004, p. 36), da preocupação restrita ao menor delinquente e desassistido, a lei passa a abarcar os menores que se encontravam em situação irregular. A legislação brasileira se referia “ao menor” de maneira discriminatória, pois era direcionada a uma parcela considerada como “menores em situações desfavoráveis”, não visando proteger ou assegurar direitos aos mesmos.

O grande avanço em relação aos direitos da criança e do adolescente ocorreu com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente no ano de 1989. O principal objetivo era o de orientar os membros da convenção, para modificação de suas legislações internas. É importante salientar, que na época da promulgação dessa Convenção, o Brasil como membro signatário, já havia introduzido na Constituição Federal de 1988, dispositivos visando proteções efetivas das crianças (VIANNA, 2004, p. 75). A constituição de 1988, de fato, direcionou uma maior ênfase no que concerne à proteção e garantias à criança e ao adolescente, ampliando essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado, declarando a proteção integral a toda a população infanto-juvenil, conforme se encontra preconizado no *caput* do art. 227.

Assim, fica explícito que a questão das garantias e proteção à criança e ao adolescente percorreu um longo caminho, até que efetivamente fosse considerado como assunto fundamental perante a Lei. Desta forma, observa-se que da indiferença com relação ao segmento ora em análise, observou-se o paulatino interesse até chegar à concretização do novo *status* político da criança enquanto cidadã, posto que passou a ocupar a posição de titular/detentora de direitos.

Portanto, dizer que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, portanto, cidadãos, além de afirmar seu novo estatuto jurídico, sua nova identidade, busca contrapor a uma situação que se pretende superar na qual os mesmos eram tratados como objeto de tutela seja por parte da família, da sociedade e do próprio Estado. É desta forma que a legitimidade humana da criança e do adolescente deve ser compreendida. Isso implica que a família, a sociedade e o Estado estão obrigados a efetivar os direitos de cidadania a esta parcela da população. A responsabilidade é de todos, compartilhada.

Ressalte-se que, a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, uma nova doutrina surgiu. Trata-se da doutrina da Proteção Integral que foi adotada no Brasil pela Constituição Federal e, de forma mais detalhada, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme será exposto o decorrer deste estudo. A partir dessas inovações normativas, um novo paradigma foi formulado: criança e adolescente são definidos por serem titulares de direitos. Com a adoção da doutrina da proteção integral, buscou-se não mais multiplicar os programas de atendimento às necessidades básicas da infância e adolescência, mas construir uma política de cidadania para o segmento.

## 1.2 Os direitos da criança e do adolescente no contexto internacional

Os tratados internacionais são considerados uma das fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos. (Cf. ACCIOLY, 1995, p. 120.) A denominação 'tratado' é genérica, mas, de acordo com a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, podem ser adotadas outras denominações como, por exemplo, convenção, declaração, protocolo, convênio, acordo, ajuste, compromisso.

Quando em vigor no plano internacional os tratados ratificados pelo Estado, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e a produzir efeitos na ordem jurídica, sendo que a eficácia (jurídica e social) dos direitos consagrados nos tratados ratificados pelo Brasil dependerá da sua recepção na ordem jurídica interna e do *status* jurídico que esta lhes atribui.

Em geral, os tratados são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de normas infraconstitucionais. No entanto, os tratados de direitos humanos são acolhidos como normas supra-legais e encontram-se localizados acima da legislação ordinária, ou seja, concede-se um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. Conforme Cançado Trindade:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição de 1988. (...) No caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos



passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (TRINDADE, 1991, p. 634).

Nesse sentido, a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos revela a posição central que o ser humano passa a ocupar. O impacto dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes tem se notabilizado principalmente em numerosos casos que acarretaram alterações nas respectivas legislações nacionais com o propósito de harmonizá-las com os referidos tratados. Cabe ademais, aos tribunais internos e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano (TRINDADE, 1997, p. 415).

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado em torno da necessidade de internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana. (TRINDADE, 1997, p. 410)

Importante destacar que partilhamos do entendimento segundo o qual os Estados estão submetidos à ordem supra-estatal e a incidência dos direitos fundamentais não depende do reconhecimento constitucional, uma vez que tais direitos pertencem à ordem jurídica exterior e acima do Estado e, por isso, impõem limites tanto ao Poder estatal quanto ao Poder Constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade.

Nas palavras de Cançado Trindade:

Afastada a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio Direito que se enriquece – e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. Neste contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano (TRINDADE, 1997, p. 445).

Os direitos fundamentais supra-estatais são, portanto, direitos que existem independentemente de constitucionalização, ou seja, ainda que não previstos no ordenamento interno do Estado estes direitos não perdem a sua fundamentalidade. Os direitos fundamentais supra-estatais são considerados paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Tais direitos impõem limites aos poderes do Estado, ou seja, nenhuma norma interna pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as normas de direitos fundamentais supra-estatais; ademais, o Estado

se vê obrigado a incorporar esses direitos à Constituição e a garantir os meios necessários para a efetividade dos mesmos.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário e aos demais poderes públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro; ao Congresso Nacional cabe, sem dúvida, a obrigação negativa de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente; e aos cidadãos, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, reclamarem, perante os órgãos judiciais do Estado, a satisfação dos direitos estabelecidos nos tratados.

Segundo Piovesan, ao tratar da concepção contemporânea de direitos humanos:

(...) os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2009, p. 19).

Sem dúvida, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do mínimo ético irreduzível (PIOVESAN, 2009, p. 19).

A implementação do direito internacional de direitos humanos constitui a condição para uma proteção verdadeiramente eficiente dos direitos do indivíduo no âmbito nacional. Desta forma, o direito internacional e o direito interno apontam na mesma direção qual seja a proteção da pessoa humana. Ambos se mostram em constante interação e suas normas formam um ordenamento jurídico de proteção. Segundo Cançado Trindade (1997, p. 403) “não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada”.

A Constituição brasileira de 1988 proclama que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio, entre outros, da prevalência dos direitos humanos; constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Além disso, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, sendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Portanto, a Constituição brasileira concede um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados, sendo que no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos

humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (TRINDADE, 1991), no intuito de buscar a redução da considerável distância entre o reconhecimento formal e a vigência real dos direitos humanos, consagrados não só na Constituição e na lei interna como também nos tratados de proteção.

A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito faz parte dessa concepção de um constitucionalismo global, apto a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos; além disso, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

### **1.3 Regras e Diretrizes das Nações Unidas em matéria de crianças e adolescentes**

O segmento infanto-juvenil, enquanto grupo vulnerável, passou por inúmeras violações dos seus direitos. Esse grupo necessita de uma proteção especial e, conseqüentemente, a elaboração de tratados internacionais para salvaguardar esses direitos se tornou imprescindível. Desta forma, assistiu-se à publicação de vários diplomas aprovados pela Organização das Nações Unidas a fim de instituir um sistema de proteção mais justo e homogêneo em todos os países membros.

Os tratados internacionais de direitos humanos e as inúmeras deliberações adotadas pelos diversos órgãos das Nações Unidas possuem normas detalhadas para a proteção da pessoa, incluindo uma variedade de mecanismos de monitoramento destinados a aumentar a eficiência da real implementação dessas normas no plano doméstico. Embora os tratados de direitos humanos em geral, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e as convenções regionais sejam aplicáveis igualmente para as crianças, o ponto de partida para análise, neste ponto, será a Convenção sobre os Direitos da Criança. A Convenção foi uma resposta à necessidade urgente de se elaborar um documento vinculatório que se concentrasse exclusivamente sobre as necessidades e interesses específicos da criança e do adolescente, os quais diferem das necessidades e interesses dos adultos em aspectos importantes.

Proceder-se-á, também, ao exame, em linhas gerais, das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (as Regras de Beijing), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Adolescentes Privados de sua Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (as Diretrizes Riad). Ressalte-se que, embora estes instrumentos, por sua natureza, não criem obrigações legais vinculatórias, algumas das regras contidas neles estão vinculando os Estados, pois

elas também estão contidas na Convenção dos Direitos da Criança, enquanto outras podem ser consideradas como fornecendo mais detalhes sobre o conteúdo dos direitos existentes. Elas também são invocadas com consistência pelo Comitê dos Direitos da Criança, quando este considera os relatórios dos Estados partes. A Convenção dos Direitos da Criança pretendeu clarificar conceitos e acentuar a necessidade de proteção dos direitos da criança. Por sua vez, as Regras de Beijing representaram diretrizes para a orientação das políticas ao nível da justiça da infância e da adolescência. Os Princípios Orientadores de Riade colocaram a ênfase na prevenção da delinquência juvenil, destacando o papel ativo que os jovens e os cidadãos devem ter na eliminação das condições que podem originar comportamentos delinquentes.

### 1.3.1 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989)<sup>2</sup>

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada com grande apoio em 1989 pela Assembleia Geral da ONU e entrou em vigor um ano depois. Ela é a convenção sobre direitos humanos da ONU com a maior abrangência. A convenção define crianças como pessoas menores de 18 anos, abrangendo crianças e adolescentes, sendo conceituada como um tratado de direitos humanos que envolve direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e que entra no direito humanitário internacional. Foram impostas aos países obrigações positivas para assegurar à criança um padrão de vida digno, o acesso à educação e à saúde, devendo ser encontrado um equilíbrio na relação triangular Estado–pais–criança. Quatro princípios gerais permeiam a Convenção: a proibição da discriminação (art. 2), o direito à vida e ao desenvolvimento ideal (art. 6), o direito à participação (art. 12) e a orientação ao melhor bem-estar da criança (art. 3).

Embora as crianças também estejam protegidas por tratados gerais sobre a proteção do ser humano, foi considerado de extrema importância elaborar uma convenção abordando especificamente as necessidades particulares da criança. Após dez anos de trabalho, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral em 1989 e entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990. No dia 8 de fevereiro de 2002, 191 Estados partes haviam aderido à Convenção.

Poucos anos após a sua adoção, a Convenção já havia sido universalmente ratificada e passou a provocar um impacto significativo sobre as decisões dos tribunais dos diversos países. O princípio que norteia toda a Convenção é o de que em todas as medidas relativas às crianças terão consideração primordial os interesses superiores delas. A Convenção constituiu um Comitê para os Direitos da Criança “a fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados partes”

<sup>2</sup> Sobre o assunto: PETERKE, Sven (Coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Colaboradores: André de Carvalho Ramos et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. PENNACHI, Maria Beatriz. *Convenção dos Direitos da Criança*. In: Almeida, Guilherme A. de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64-73. E, ainda, site da ONU: <<http://www.ohchr.org/>>.

(art. 43(1)). Desta forma, a implementação da Convenção é monitorada por um comitê de especialistas os quais apresentam poderes limitados à análise dos relatórios estatais.

Em 25 de maio de 2000, a Assembléia Geral também adotou dois Protocolos Facultativos para a Convenção, a saber, o Protocolo Facultativo sobre venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil: entrou em vigor em 2002 e foi ratificado por 130 países até o início de 2009 (entre eles o Brasil em 2004); e o Protocolo Facultativo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados: estipula que somente pessoas maiores de 18 anos podem ser recrutadas compulsoriamente. Voluntariamente, pessoas a partir de 16 anos podem aderir às forças armadas. Entrou em vigor em 2002 e foi ratificado por 127 países. O Brasil aderiu ao protocolo em 2004 e declarou que pessoas maiores de 16 anos podem entrar voluntariamente nas forças armadas. Além disso, a proibição do trabalho infantil foi complementada com a Convenção n. 182 da OIT sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil.

Os Estados partes da Convenção sobre os Direitos da Criança comprometem-se, de modo geral, a “respeitar os direitos previstos na Convenção e os assegurar a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo” (art. 2(1)), e a “tomar todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição baseadas na condição, nas atividades, opiniões ou crenças, de seus pais, representantes legais ou familiares” (art. 2(2)). O princípio da não discriminação é um princípio fundamental com respeito aos direitos da criança e condiciona a interpretação e a aplicação de todos os direitos e liberdades contidos na Convenção.

A Convenção reconhece uma longa e detalhada lista de direitos que devem ser respeitados e assegurados à criança em qualquer circunstância, o que equivale dizer que tais direitos se dirigem a “todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade for alcançada antes” (art. 1º).

Os direitos previstos no instrumento são, em termos gerais:

- o direito da criança à vida, à máxima sobrevivência e ao desenvolvimento - art. 6º;
- o direito da criança ao registro após seu nascimento, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, “de conhecer seus pais e ser cuidada por eles” - art. 7º;
- o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares - art. 8º;
- o direito da criança de não ser separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando “tal separação é necessária ao interesse maior da criança” - art. 9(1);
- o dever dos Estados de facilitar a reunificação familiar permitindo que viajem para os seus territórios ou para fora dos mesmos - art. 10º;

- dever de combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior - art. 11;
- dever de respeitar os pontos de vista da criança e o direito da criança “de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito” - art. 12;
- o direito da criança à liberdade de expressão - art. 13;
- o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença - art. 14;
- o direito da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica - art. 15;
- o direito da criança à proteção da lei contra interferência arbitrária e ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência e o direito de não estar sujeita a “atentados ilícitos” à sua honra e reputação - art. 16;
- o direito da criança de “acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental” - art. 17;
- reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns e primordiais na educação e desenvolvimento da criança e de que “os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica” - art. 18(1);
- o direito da criança de proteção contra todas as formas de violência e abuso - art. 19;
- o direito da criança de proteção especial e assistência quando privada da sua família - art. 20;
- sempre que a adoção for reconhecida ou permitida, os Estados partes “atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança” - art. 21;
- direitos das crianças refugiadas - art. 22;
- direitos da criança portadora de deficiências físicas ou mentais - art. 23;
- direito da criança de gozar do “melhor padrão possível de saúde” e serviços médicos - art. 24;
- o direito da criança internada a “exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação” - art. 25;
- o direito da criança de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social - art. 26;
- o direito da criança a um nível de vida adequado - art. 27;
- o direito da criança à educação (art. 28) e aos objetivos da referida educação (art. 29);
- o direito das crianças pertencentes às minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, bem como o direito das crianças de origem indígena, de ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e utilizar seu próprio idioma - art. 30;



- o direito da criança ao descanso e ao lazer - art. 31;
- o direito da criança à proteção contra a exploração econômica e o trabalho perigoso - art. 32;
- o direito da criança à proteção contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas - art. 33;
- o direito da criança à proteção “contra todas as formas de exploração e abuso sexual” - art. 34;
- a prevenção de seqüestro, venda ou tráfico de crianças - art. 35;
- o direito da criança à proteção contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais a qualquer aspecto do seu bem-estar - art. 36;
- o direito de proteção contra imposição de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, inclusive pena de morte - art. 37(a);
- o direito da criança de não ser privada da sua liberdade de forma arbitrária ou ilegal - art. 37(b);
- o direito da criança a ser tratada com humanidade quando privada da sua liberdade - art. 37(c);
- o direito da criança às proteções legais relativas à privação da sua liberdade - art. 37(d);
- o direito da criança, em casos de conflito armado, de que sejam respeitadas as normas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis - art. 38(1);
- o direito da criança a medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social no caso de qualquer forma de abandono, exploração e abuso - art. 39;
- princípios da justiça juvenil - art. 40.

A Convenção dos Direitos da Criança constitui, portanto, o mais completo (54 artigos) e apresenta, como aspecto mais relevante, o fato de proporcionar reconhecimento à criança de direitos semelhantes aos do adulto: direitos civis e liberdades; ambiente familiar; cuidados básicos como a saúde e o bem estar; e educação e lazer. Além de algumas medidas especiais em casos de guerra, situações em que as crianças estejam em conflito com a lei, situações de exploração e situações em que as crianças pertençam a um grupo minoritário ou indígena. Desta forma, o documento veio permitir que se encarasse, pela primeira vez, a criança como um ser titular de direitos e liberdades fundamentais.

De fato, os direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança cobrem não só os mais tradicionais padrões de direitos humanos encontrados, por exemplo, nos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como também foram ampliados e refinados, e são elaborados de forma a atender

especificamente à diversidade das necessidades dos inúmeros jovens que continuam a sofrer várias formas de privações.

A Convenção sobre os Direitos da Criança não contém nenhuma disposição derogatória, podendo-se então concluir que a Convenção foi elaborada para ser aplicada na íntegra, mesmo em situações excepcionais de crise. Quanto ao sistema de implementação da Convenção, o Comitê dos Direitos da Criança também expediu Diretrizes para os relatórios que devem ser apresentados pelos Estados partes.

A título exemplificativo, o artigo 37 da Convenção visa à proteção da criança pelos Estados-partes de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, como a tortura, pena de morte e prisão perpétua. Tais penas não existem no sistema jurídico brasileiro por força do inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, com a ressalva da pena de morte em caso de guerra declarada. Neste aspecto, do ponto de vista jurídico, o Brasil atende os princípios da Convenção analisada, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), não admitindo as penas de morte e perpétua, seja para menores ou maiores, ao contrário do que ocorre em países como os Estados Unidos.

Entretanto, embora conserve uma legislação regida por princípios constitucionais rígidos (art. 5º), que se amolda aos dizeres do artigo 37 da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança; verifica-se, ainda, no Brasil, a prática de tratamentos desumanos em relação às crianças e adolescentes, tanto na repressão realizada nas ruas, quanto na execução das medidas de internamento em instituições para adolescentes em conflito com a lei. Nas palavras de Albernaz Júnior e Ferreira (2013):

Apesar de o Brasil haver ratificado a Convenção, comprometendo-se a envidar esforços para cumprir os dispositivos nela inseridos, é de se notar a insuficiência de uma atuação pragmática e de resultados para alcançar as metas almejadas pelo referido instrumento internacional, haja vista a falta de uma política socioeconômica direcionada à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia e ao planejamento familiar, entre outras prioridades nacionais.

No entanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança representa um avanço na história da humanidade, assim como a inscrição dos direitos fundamentais na Constituição brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente representam um grande avanço do sistema jurídico nacional. Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança tenha provado ser um marco essencial na promoção e proteção universal dos direitos da criança, numerosos desafios permanecem para ser superados em muitos países antes que os direitos da criança possam se tornar uma realidade viva, incluindo, em particular, as situações em que as crianças entram em conflito com a lei. Os desafios à frente são, pois, consideráveis, e para se progredir neste importante campo de proteção legal, são necessários esforços efetivos tanto a nível internacional quanto nacional.

Com relação ao sistema de justiça da juventude, segundo a lei internacional dos direitos humanos o objetivo geral precisa ser promover a reabilitação e a reintegração



social da criança, incluindo o sentido de dignidade e merecimento da criança sobre sua própria pessoa, assim como seu respeito pelos direitos fundamentais dos outros. O objetivo declarado do sistema de justiça da juventude, como um todo na lei internacional de direitos humanos é a reabilitação e a reintegração social. A proibição de tratamento cruel é, naturalmente, particularmente relevante para a situação de privação da liberdade. Sem dúvida, é importante estar consciente de que os atos que não podem ser considerados como constituindo tratamento ilegal de um adulto podem ser inaceitáveis no caso de crianças ou adolescentes por causa de sua particular vulnerabilidade.

Para poder dar efeito às suas obrigações derivadas de muitas regras internacionais legais vigentes na administração da justiça da juventude, é necessário que os Estados aprovem leis e regulamentos específicos a nível nacional. Segundo o artigo 40(3) da Convenção sobre os Direitos da Criança, “os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições especificamente aplicáveis às crianças suspeitas, acusadas, ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal”. Eles buscarão, em particular, estabelecer uma idade mínima de responsabilidade criminal, assim como as medidas para lidar com tais crianças sem recorrer a processos judiciais, providenciando para que os direitos humanos e as proteções legais sejam plenamente respeitados (art. 40(3)(a) e (b)).

### 1.3.2 Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade (1990)

As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, têm como objetivo estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade em todas as suas formas, de maneira compatível com os direitos humanos e liberdades fundamentais, com vistas a se opor aos efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e a fomentar a integração na sociedade.

Uma das perspectivas fundamentais do instrumento supracitado enuncia que o sistema de justiça da infância e da juventude deverá respeitar os direitos e a segurança dos jovens e fomentar seu bem-estar físico e mental. Desta forma, a privação da liberdade deverá ser efetuada em condições e circunstâncias que garantam o respeito aos direitos humanos dos jovens. Deverá ser garantido, aos jovens reclusos em centros, o direito a desfrutar de atividades e programas úteis que sirvam para fomentar e garantir seu desenvolvimento e sua dignidade, promover seu sentido de responsabilidade e fomentar, neles, atitudes e conhecimentos que ajudem a desenvolver suas possibilidades como membros da sociedade.

Uma das Regras declara que, “por razão de sua situação, não se deverá negar aos jovens privados de liberdade seus direitos civis, econômicos, políticos, sociais ou culturais

correspondentes, de acordo com a legislação nacional ou internacional e que sejam compatíveis com a privação da liberdade” (art. 13). Destaca-se a necessidade de que a criança e o adolescente sejam colocados num patamar de condição de cidadão, como um ser com direitos que devem ser respeitados e protegidos com prioridade absoluta pela sociedade política e civilmente organizada. Neste sentido, propõe que:

O conceito de cidadania tem como conteúdo básico os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais. Sem a inclusão dessas três dimensões essenciais, a cidadania será sempre parcial, mutilada, incompleta. Cidadania é o direito de ter direitos (COSTA, 1990, p. 48).

A norma internacional em análise também estabelece que a proteção dos direitos individuais dos jovens no que diz respeito, especialmente, à legalidade da execução das medidas de detenção, será garantida pela autoridade judicial competente, enquanto que os objetivos de integração social deverão ser garantidos por um órgão devidamente constituído que esteja autorizado a visitar os jovens e que não pertença à administração do centro de detenção, através de inspeções regulares e outras formas de controle (art. 14).

Determinada a inspeção, o inspetor deverá apresentar um relatório com suas conclusões. Este relatório incluirá uma avaliação da forma como o centro de detenção observa as Regras das Nações Unidas e disposições pertinentes da legislação nacional, assim como recomendações sobre as medidas consideradas necessárias para garantir seu cumprimento. Todo ato descoberto por um inspetor, que indique uma violação das disposições legais relativas aos direitos dos jovens ou ao funcionamento do centro de detenção, deverá ser comunicado às autoridades competentes para investigação e para que se exija as responsabilidades correspondentes (art. 74).

No Brasil, o Ministério Público tem efetivado a regra internacional supratranscrita. A resolução nº 67, de 16 de março de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, que “dispõe sobre a uniformização das fiscalizações em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade pelos membros do Ministério Público e sobre a situação dos adolescentes que se encontrem privados de liberdade em cadeias públicas” determina a periodicidade mínima bimestral para os membros do Ministério Público realizarem inspeções em unidades de atendimento a adolescentes em conflito com a lei que executem as medidas de semiliberdade e internação, fazendo prova da sua presença no livro de registro próprio.

O disciplinamento do egrégio Conselho Nacional do Ministério Público objetiva a uniformização das fiscalizações, mas, também, alertar para o dever imposto aos membros do Ministério Público de inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas instituídos na conformidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade de eliminação de irregularidades verificadas, por meio dos recursos administrativos e judiciais colocados à sua disposição (art. 201, inciso XI, ECA).

As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (1990) também estabelecem que os jovens privados de liberdade terão direito a contar com locais e serviços que satisfaçam a todas as exigências da higiene e da dignidade humana e que todo jovem em idade de escolaridade obrigatória terá o direito de receber um ensino adaptado as suas idades e capacidades e destinado a prepará-lo para sua reintegração na sociedade. Outro aspecto relevante é a previsão de que somente em casos excepcionais, se poderá usar a força ou instrumentos de coerção, quando todos os demais meios de controle tenham esgotado e fracassado, e apenas pela forma expressamente autorizada e descrita por uma lei ou regulamento, sendo que esses instrumentos não deverão causar lesão, dor, humilhação, nem degradação, e deverão ser usados de forma restrita e pelo menor período de tempo possível.

Portanto, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990, enfatizam que a prisão de jovens deverá constituir uma medida de último recurso e prevêem uma ampla orientação com relação aos direitos dos jovens dentro do sistema judiciário, por exemplo, no que diz respeito à prisão ou detenção e ao aguardo de julgamento. Também regulamentam a administração das instalações para jovens no que tange à manutenção de registros, ao ambiente físico e acomodações, educação, treinamento vocacional e trabalho, recreação, religião, assistência médica, limitações de restrição física e uso da força, procedimentos disciplinares, como também inspeção e reclamações.

### 1.3.3 Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência<sup>3</sup> juvenil – Diretrizes de Riad (1990)

As Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência Juvenil, aprovada em 1990, reconhece que é necessário estabelecer critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para prevenir a delinquência juvenil, tendo em vista o grande número de jovens que, estando ou não em conflito com a lei, encontram-se abandonados, sem atenção, maltratados, expostos ao uso indevido das drogas, marginalizados e, em geral, expostos a risco social.

O instrumento em referência tem como um dos seus princípios fundamentais a certeza de que, para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância. Desta forma, os organismos governamentais deverão dar a máxima prioridade aos planos e programas dedicados aos jovens e proporcionar fundos suficientes e recursos para a prestação de serviços eficazes, proporcionando, também, as instalações e a mão-de-obra para oferecer serviços adequados de assistência médica, saúde mental, nutrição, moradia e os demais serviços necessários, particularmente a prevenção e o tratamento do uso indevido de

<sup>3</sup> Ressalte-se que a utilização do termo "delinquência" vai de encontro a toda principiologia adotada pela ONU, no que concerne ao tratamento dado à criança e ao adolescente. Desta forma, sublinhe-se que a terminologia adequada é prevenção infracional juvenil.

drogas, além de terem a certeza de que esses recursos chegarão aos jovens e serão realmente utilizados em seu benefício (art. 44).

Deverá, ainda, ser prestada uma atenção especial às políticas de prevenção que favoreçam a socialização e a integração eficazes de todas as crianças e jovens, particularmente através da família, da comunidade, dos grupos de jovens nas mesmas condições, da escola, da formação profissional e do meio trabalhista, como também mediante a ação de organizações voluntárias (art. 9).

Assim, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil, de 1990, também chamadas de Diretrizes de Riad, visam à prevenção da delinqüência juvenil ao buscar “uma orientação voltada para a criança” por meio da qual “os jovens devem ter um papel ativo e colaborante dentro da sociedade e não devem ser considerados como meros objetos de medidas de socialização e de controle” (Princípio Fundamental 3). As Diretrizes, que devem ser interpretadas e implementadas dentro da estrutura de outras normas internacionais relevantes existentes, como os Pactos Internacionais e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tratam de questões relativas a prevenção geral (Diretriz 9), processos de socialização (Diretrizes 10-44), política social (Diretrizes 45-51), legislação e administração da justiça juvenil (Diretrizes 52-59), e pesquisa, desenvolvimento de políticas e coordenação (Diretrizes 60-66).

#### 1.3.4 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1985) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim), de 1985

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) enunciam como uma das suas orientações fundamentais que deverá ser concedida a devida atenção à adoção de medidas concretas que permitam a mobilização de todos os recursos disponíveis, com a inclusão da família, de voluntários e outros grupos da comunidade, bem como da escola e de demais instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, eqüitativo e humano a situação de conflito com a lei (item 1.3).

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, de 1985, também chamadas de Regras de Pequim, estabelecem princípios detalhados sobre o tratamento de jovens na administração da justiça, juntamente com comentários sobre esses princípios. As regras tratam de idade de responsabilidade criminal, objetivos da justiça juvenil, direitos dos jovens, proteção da privacidade, investigação e processos, sentença e julgamento final, tratamento institucional e não institucional, além de pesquisa, planejamento, formulação de política e avaliação.

Ressalte-se que, em cada jurisdição nacional procurar-se-á promulgar um conjunto de leis, normas e disposições aplicáveis especificamente aos jovens em conflito com a lei, assim como aos órgãos e instituições encarregados das funções de administração da Justiça da Infância e da Juventude, com a finalidade de satisfazer as diversas necessidades desses jovens, e ao mesmo tempo proteger seus direitos básicos; bem como satisfazer as necessidades da sociedade.

Evidentemente que os princípios de direitos humanos continuam sendo desrespeitados em todos os países, em maior ou menor grau, e que diante da condição especial das crianças e adolescentes, seres em formação física e mental, são eles os que mais sofrem com o desrespeito aos direitos fundamentais, com omissões diversas. Assim, apesar de todas as diretrizes apontadas pelos instrumentos jurídicos de caráter internacional, fica evidente que conforme preleciona Sorto (2008, p. 10):

Afirmam-se os direitos humanos quando eles são positivados em instrumentos aceitos universalmente como vinculantes pelos Estados, quando essa codificação é acompanhada dos devidos mecanismos de conscientização, fiscalização e garantia; quando se estabelecem políticas preventivas visando à remoção das causas que motivam violações.

Portanto, a Organização Mundial das Nações Unidas criou paradigmas a serem alcançados por todos os países no que diz respeito aos direitos de crianças e adolescentes, devendo haver o empenho máximo dos países para atingir esse ideal comum. Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 marcou o Direito Brasileiro com um indelével avanço no campo da normatização de direitos e garantias fundamentais, resultado de importante processo de democratização do Estado e do Direito. A moderna concepção do constitucionalismo nacional ensejou não só a ratificação de Tratados e Convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a inclusão em seu texto constitucional, de forma irrevogável, de princípios consagrados nos referidos instrumentos internacionais, dando-lhes força de norma de aplicabilidade imediata.

## 1.4 Os direitos da criança e do adolescente no contexto brasileiro

Um dos marcos mais significativos da legislação brasileira, em relação ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, foi a aprovação, em 1988, da Constituição Federal, sobretudo, seu Art. 227<sup>4</sup> o qual representa o marco brasileiro da proteção à infância ao formular o princípio da prioridade absoluta. E, ainda, a Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. O ECA define criança como qualquer pessoa entre 0 e 12 anos de idade, e adolescente, a que tem entre 12 e 18 anos, para os quais adota a doutrina da proteção integral e assegura, entre outros direitos, que:

<sup>4</sup> **Art. 227.** 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-la a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (*grifo nosso*).

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

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA regulamentou o dispositivo constitucional, elevando as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos, tudo isso abalizado na Doutrina da proteção integral. Surgido a partir do apelo de normativas internacionais a favor das crianças e adolescentes, o ECA trouxe importantes mudanças na política de atendimento por meio da criação de instrumentos jurídicos que viabilizam, ou pretendem viabilizar, a garantia dos direitos que são assegurados às crianças e aos adolescentes. Frente a esse Estatuto, observa-se o direito da criança e do adolescente perante um sistema de direitos fundamentais, sendo que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, a proteção desses direitos deve ser diferenciada, especializada e integral.

O Código de Menores – Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979 – tinha como sujeitos os “menores em situação irregular”, assim considerados aqueles com menos de dezoito anos de idade, privados de condições essenciais à saúde e instrução obrigatórias, vítimas de maus tratos ou castigos imoderados, em perigo moral, desassistidos juridicamente, com desvio de conduta e, ainda, autores de infração penal. As ações públicas voltadas aos ditos menores em situação irregular, nesse período, eram assistencialistas. Para a doutrina da situação irregular, a lei se volta para os menores, que por sua vez não são todas as crianças e os adolescentes, mas apenas aqueles com as qualificações acima apontadas, ou seja, aqueles considerados problemáticos e que devem ser tratados pelo Estado de forma individualizada e assistencialista.

Posteriormente, verifica-se a doutrina do direito penal do menor, sob a égide dos Códigos Penais de 1830 e 1890, a qual “consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso” (PEREIRA, 2000, p. 11). Os chamados “menores” eram alvo da atenção do Estado e da sociedade, apenas quando adquiriam visibilidade social na forma de “problemas a serem resolvidos”, a exemplo da prática de atos anti-sociais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, substituiu a repressiva doutrina do Código de Menores de 1979, e instaurou novas referências políticas, jurídicas e sociais. Ao definir em seus primeiros artigos que “toda criança e todo adolescente têm direito à proteção integral, considerando-os como sujeito de direitos individuais e coletivos, cuja responsabilidade é da família, da sociedade e do Estado”, o país banuiu a categoria “menor” do



arcabouço conceitual e jurídico, introduzindo a moderna noção de criança e adolescência, incorporando os preceitos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989.

A Constituição do Brasil de 1988 direciona um novo olhar para crianças e adolescentes, desde então reconhecidos como sujeitos de direitos, cidadãos, os quais merecem respeito e dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento. A Carta Magna assevera no artigo 227 o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais. A promulgação destes direitos fundamentais tem amparo no *status* de uma prioridade estratégica dada à criança e ao adolescente, uma vez que estão em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, ou seja, encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, posto que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, o que enseja um regime especial de salvaguarda.

O citado artigo traz consigo uma mudança de paradigmas, pois segundo Ferreira (2008, p.41), “introduziu-se a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988”. Para o autor, “(...) crianças e adolescentes ganham um novo ‘status’, como sujeitos de direitos e não mais como menores objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonadas ou delinquentes”. A Doutrina da Proteção Integral veio se contrapor às doutrinas anteriores, “(...) em que a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade, às vezes até uma ameaça à ordem social (...) a infância era um mero objeto de intervenção do Estado (...)”.(CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 68).

Acompanhando a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.060/1990, também concretizou um novo perfil de “proteção integral à criança e ao adolescente” (ECA, art. 1º). Conclui-se, desta forma, que a lei (a lei maior que é a Constituição e sua regulamentadora, que é o Estatuto) extinguiu o menorismo, adotando “criança e adolescente” como a terminologia jurídica adequada.

O Brasil, com base nas discussões sobre a Convenção, adota no texto constitucional de 1988 a Doutrina da Proteção Integral, consagrando-a em seu art. 227. Contudo, a interferência prática desta opção constitucional coube à legislação especial, aprovada em 13 de julho de 1990, através da promulgação da Lei Federal Nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente. A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo seu conteúdo como pela sua titularidade, devem, obrigatoriamente, ser garantidos, e uma forma de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre e difícil tarefa de materializar o preceito constitucional.

Saliente-se, nesse contexto, que o ECA transforma-se em uma norma-princípio, na medida em que condensa os preceitos constitucionais, posto que os princípios podem estar positivamente incorporados e são eles que delimitam a margem de interpretação e apreciação do texto constitucional. Sem os princípios, o processo de concretização da norma constitucional careceria de qualquer objetividade. Robert Alexy elaborou sua teoria dos direitos fundamentais com base na tipologia das “normas jurídicas”, cujas espécies são: regras e princípios. Segundo o autor, essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos e a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85). Sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre esses direitos, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Seguindo a concepção de Alexy (2008, p. 90), princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Por outro lado, regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas que só podem ser cumpridas ou não. A partir dessa distinção, o autor em referência conclui que os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são, portanto, mandados de otimização. Segundo Barroso (1993),

(...) os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição, (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

De fato, a Constituição de 1988 foi inovadora ao adotar a Doutrina da Proteção Integral na questão da infância e adolescência no Brasil. A referida doutrina teve seu crescimento primeiramente em âmbito internacional, principalmente a partir da Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança, conforme exposto anteriormente. Conforme Liberati (2010, p. 20), a Convenção “representou, dentro do panorama legal internacional, o resumo e a conclusão de toda a legislação garantista de proteção à infância”. A Convenção definiu a base da Doutrina da Proteção Integral ao proclamar um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, reconhecendo que criança e adolescente são sujeitos de direitos e, considerando sua vulnerabilidade, posto que carecedores de cuidados e proteção especiais. Exige a Convenção, com força de lei internacional<sup>5</sup>, que os países signatários adaptem as legislações às suas disposições e os compromete a não violarem seus preceitos, instituindo, para isto, mecanismos de controle e fiscalização (VERONESE; OLIVEIRA, 2008).

<sup>5</sup> A Carta de 1988 inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (PIOVESAN, 2009, p. 52). Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).



Pela nova ordem estabelecida, criança e adolescente são sujeitos de direitos e não simplesmente objetos de intervenção, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detêm ainda uma “supraproteção ou proteção complementar de seus direitos”. Com efeito, o surgimento de uma legislação que tratasse crianças e adolescentes como sujeitos de direitos era imprescindível, evitando que os preceitos constitucionais fossem reduzidos a meras intenções.

Portanto, somente a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as crianças e adolescentes, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a sujeitos de direitos, considerados em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e a quem se deve assegurar prioridade absoluta<sup>6</sup> na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País. Segundo Gonçalves (2005, p. 45), o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma legislação de vanguarda, pois rompe com a doutrina da situação irregular e reafirma a noção da proteção da infância e juventude brasileiras, implicando a discriminação positiva da criança e do adolescente.

De fato, resta claro que a tutela constitucional da criança e do adolescente constitui um dos pilares do atual Estado democrático de direito e a afirmação dos direitos humanos representa a luta pela dignidade humana como princípio fundamental deste modelo político. Segundo Dallari (2005, p. 37), “a Constituição brasileira de 1988 inspirou-se nas mais avançadas conquistas de caráter humanista quando fixou a filosofia e os objetivos que devem servir de parâmetro à legislação brasileira sobre criança e adolescente”. Nesse sentido leciona Saraiva:

O princípio da Prioridade Absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no artigo 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (SARAIVA, 2003, p. 53).

No entanto, quando confrontamos a realidade com o que preconiza a Constituição Federal, verificamos que:

(...) muitos dos nossos jovens e crianças ainda não possuem a tutela integral por parte do Estado, carecendo das necessidades mais básicas, permanecendo à margem de uma sociedade inerte, sendo o maior problema a dificuldade em unir o texto legal à realidade social (CUCCI, 2009, p. 208).

Nesse contexto, o princípio da prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes significa que nenhum outro grupo social recebeu proteção tão abrangente, seja pela família, pela sociedade e pelo Estado. Mas, na prática, são vários os desafios para

<sup>6</sup> A lei ordinária nº 8.069/90, no parágrafo único do artigo 4º, detalhou a garantia da prioridade absoluta como sendo: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

efetivar os direitos fundamentais do segmento infanto-juvenil. Saliente-se que, quando se pretende que o Estatuto da Criança e do Adolescente, marco fundamental, de uma nova concepção normativa, seja efetivamente implementado, resulta falarmos não apenas no advento de leis protetivas, mas de toda uma transformação que importe em uma nova e efetiva concepção garantidora da criança e do adolescente. Conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço. Porém, o desafio que atinge a todos, sociedade, famílias e Estado, é o de transformar os direitos fundamentais em prática no atual momento histórico da infância e adolescência no Brasil, e não somente representar uma conquista formal. Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais pressupõe a criação de um Sistema de Garantia de Direitos.

De fato, os direitos fundamentais sugerem a ideia de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, valendo, por outro lado, como prestações positivas a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. Esta compreensão incide, igualmente, sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, os quais sustentam um especial sistema de garantias de direitos, sendo a efetivação desta proteção dever da família, da sociedade e do Estado.

Ao desenvolver a teoria do garantismo jurídico na obra *Derecho e razón*, Ferrajoli traça uma teoria ocupada com a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos através do cumprimento das garantias constitucionalmente previstas em benefício destes direitos, sendo que eles formam o centro do Direito como um sistema de garantias. Ele conceitua direitos fundamentais como sendo todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer. Trata-se de um conceito que tem a intenção de ser ideologicamente neutro, de caráter formal e universal, válido para qualquer ordenamento jurídico, e, como o próprio autor entende, estreitamente relacionado ao princípio da igualdade jurídica, que se traduz, nos níveis formal e substancial, como a igualdade dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1995, p. 906-908).

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, a teor do que dispõe o artigo 227, e a correspondente regulamentação deste artigo implementada pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos instrumentos normativos internacionais que foram internalizados pelo ordenamento pátrio, formam um sistema articulado de proteção e de garantias direcionadas ao segmento em análise. Para Ferrajoli (2001, p. 22), todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam, ao mesmo tempo, os fins que orientam o Estado Constitucional de Direito.

Desta forma, para tornar verdadeira a democracia, levar a sério os direitos fundamentais do homem e, especificamente para este trabalho, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, tal como vêm solenemente proclamados em nossa Constitui-

ção e nos documentos internacionais, significa antes de tudo reconhecer o caráter supra-estatal dos direitos fundamentais e, como consequência, prever garantias idôneas para tutelá-los e dar-lhes satisfação, inclusive contra ou sem seus Estados. As garantias são as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional (FERRAJOLI, 2001, p. 25).

A Constituição, abordada em caráter não apenas formal, mas, sobretudo, substancial, no atual contexto do Estado democrático de direito, subscreve normativas internacionais e proclama, em seu texto, direitos fundamentais em variadas dimensões, juntamente com garantias processuais e institucionais para sua consecução. As garantias constitucionais destinam-se à difícil tarefa de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela dos direitos.

Nesse contexto, o grande desafio é político, sociológico e jurídico, ou seja, buscar a implementação e a garantia dos direitos já proclamados, posto que o reconhecimento dos direitos fundamentais já demonstra a intenção a favor da implementação e do estabelecimento de um mínimo de dignidade a ser normatizado e garantido ética e juridicamente a todos. De fato, o problema consiste não na falta de normas, mas na ausência de técnicas apropriadas de garantia. Nesse cenário, situa-se a importância do estudo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, situando-os em sua transitoriedade e constante construção, em suma, em sua historicidade, para serem efetivamente garantidos.

A categoria “menor”, termo atribuído na prática policial e jurídica, aqueles indivíduos definidos legalmente em situação de menoridade, era definida, primordialmente, em torno de sua situação de subordinação social pela pobreza. A classificação “menor” e o paradigma da menoridade, após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, passam a ser absolutamente criticados como repressores, autoritários e discriminatórios; posto que configuravam o alvo das políticas jurídico-sociais as quais materializavam uma posição eminentemente subordinada socialmente. A partir do ECA, as políticas de atendimento são definidas de maneira distinta para aqueles sujeitos às medidas de proteção especial, por estarem enquadrados em alguma situação de vulnerabilidade social e para aqueles sujeitos às medidas socioeducativas, situação em que se pratica uma conduta contrária à lei.

O Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal. Para o presente trabalho, é imprescindível compreender que as políticas e as ações direcionadas à criança e ao adolescente em conflito com a lei devem ser fundamentadas nas normas internacionais, na Constituição,

em instâncias estabelecidas pelo ECA (Lei 8.069/90) e na legislação específica – a Lei 12.594/2012 (o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase).

A construção do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE consolida uma iniciativa do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, para normatizar a atuação dos organismos em torno do atendimento socioeducativo. O SINASE representa um instrumento que norteia a aplicação e a execução das medidas socioeducativas no Brasil, sendo que sua elaboração intenta dar concretude à mudança de paradigma instaurada pelo ECA: do velho paradigma da situação irregular (Código de Menores – Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979) para a Doutrina da Proteção Integral. Significa abordar a questão infracional com o interesse da reinserção social do adolescente em conflito com a lei, superando a visão do mesmo como simples objeto de intervenção. Sua concepção acompanha a construção das normativas que pretendem dar materialidade aos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil.

Trata-se de um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. A implementação do SINASE objetiva o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Persegue, ainda, a ideia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturado, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.

O SINASE define as competências das instâncias federativas para a execução do atendimento socioeducativo, reforçando a necessidade de municipalização das medidas em meio aberto. Cabe à União formular e coordenar a execução da Política Nacional de Atendimento Socioeducativo. Aos Estados e Municípios, elaborar e executar seus planos de atendimento socioeducativo e se responsabilizar pela gestão dos sistemas.

Os princípios fundamentais do SINASE são os seguintes: respeito aos direitos humanos; responsabilidade solidária da família, sociedade e Estado pela promoção e a defesa dos direitos de crianças e adolescentes – artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA; adolescente como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, sujeito de direitos e responsabilidades – artigos 227, § 3º, inciso V, da CF; e 3º, 6º e 15º do ECA; prioridade absoluta para a criança e o adolescente – artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA; incolumidade, integridade física e segurança (artigos 124 e 125 do ECA); respeito à capacidade do adolescente de cumprir a medida; às circunstâncias; à gravidade da infração e às necessidades pedagógicas do adolescente na escolha da medida, com preferência pelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários – artigos 100, 112, § 1º, e 112, § 3º do ECA; municipalização do atendimento – artigo 88, inciso I do ECA; co-responsabilidade no financiamento do atendimento às medidas socioeducativas.

Desta forma, constitui-se como um sistema normativo que visa corrigir as inúmeras irregularidades constatadas na execução de medidas socioeducativas, propondo uma nova perspectiva para a questão. No entanto, vale ressaltar que a legislação que fornece as diretrizes a respeito da criança e do adolescente não é suficiente para neutralizar a gravidade dos problemas sociais brasileiros. É preciso deixar claro que o problema não é legislativo, e sim da execução das normas traçadas pela legislação, ou seja, da utilização de garantias apropriadas para diminuir a disparidade entre normatividade e efetividade em sede de direitos fundamentais. Assim, para o cumprimento do princípio da prioridade absoluta, da proteção integral e da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, o que antes era uma decisão política, de acordo com as prioridades de cada governante, tornou-se uma norma jurídica de observação pelos agentes do Estado.

## **CAPÍTULO 2**

---

### **A CONSTATAÇÃO DE UMA CRISE DE EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

Esse capítulo pretende estabelecer uma diferenciação entre o sistema de responsabilização da infância e juventude e o sistema penal, a partir da definição conceitual e da análise do conteúdo e das finalidades do crime e da pena, do ato infracional e da medida socioeducativa. Além disso, pretende-se combater o discurso criminalizante do Direito Penal juvenil e justificar a inutilidade do debate da redução da maioridade penal, a fim de legitimar a responsabilização diferenciada firmada pelo Direito Constitucional da Infância e Juventude.

## 2.1 Crime e pena *versus* ato infracional e medida socioeducativa

### 2.1.1 Crime e pena

Como sabido, o Direito Penal – como qualquer outro ramo do Direito – é estruturado em normas. Destarte, o referido Direito Penal regula condutas através de enunciados gerais os quais prescrevem abstratamente modelos de comportamentos que devem ser seguidos, porque, no caso do comportamento prescrito não ser seguido, será imputada, como consequência, uma sanção ao sujeito. Pois bem, é das normas que se extraem os institutos do Direito Penal. O primeiro instituto que conforma o Direito Penal é a infração, posto que a norma prescreve um modelo abstrato de comportamento proibido e esse modelo poderá ser qualificado pelo legislador como crime ou contravenção. Isto posto, pode-se afirmar que infração é o gênero do qual crime e contravenção são espécies. Todavia, não existe, na essência, uma diferença substancial entre o crime e a contravenção, sendo as infrações classificadas de acordo com o primeiro ou com a segunda em conformidade com o arbítrio do legislador<sup>1</sup>. De modo geral, pode-se afirmar que o conceito de crime é imputado às infrações consideradas mais graves pelo legislador, enquanto que o conceito de contravenção é imputado às infrações consideradas como menos graves. Registre-se que, em termos quantitativos, o número de crimes é muito superior ao número de contravenções e os elementos que foram construídos ao longo de mais de duzentos anos, desde o século XIX, para o aperfeiçoamento conceitual do crime (quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) aplicam-se também ao conceito de contravenção.

O segundo instituto que conforma o Direito Penal é a pena. Consoante foi consignado acima, a realização da conduta proibida tem como consequência a sanção. De fato, é propriedade exclusiva do Direito Penal a mais grave sanção de todo o ordenamento jurídico: a pena. Isto posto, se a norma define o crime como conduta proibida e traz como consequência da realização desta conduta a pena, é imperioso afirmar-se que a pena é a consequência jurídica do crime, neste sentido, o extraordinário Tobias Barreto (1991,

<sup>1</sup> Dispõe o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal – Dec.- Lei 3.914/1941, crime e contravenção penal são assim definidos: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.



p. 102) afirmava que “a razão da pena está no crime” . Esta consequência é, inclusive, apontada como o marco diferencial deste ramo do Direito, pois quando ela está presente a norma obrigatoriamente pertencerá ao Direito penal.

O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 traziam o conceito de crime. Tal não ocorre na legislação atual, sendo tal conceituação relegada à doutrina, sendo pacífica a conceituação do crime a partir de seus elementos, ou seja, conceitua-se o crime como um fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, adota-se a teoria tripartida do delito, tanto pela ótica da teoria causalista ou clássica quanto pela vertente da teoria finalista. Desta forma, para que uma conduta humana seja descrita como crime, precisa ser prescrita em lei, ser contrária ao Direito e o sujeito precisa ter culpabilidade.

Nessa perspectiva, o direito penal é compreendido como o ramo do conhecimento jurídico que delimita o âmbito legítimo de exercício da forma mais grave de expressão do poder punitivo do Estado, a sanção penal. No dizer de Luiz Flávio Gomes:

Pode-se definir o Direito Penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo (GOMES, 2009, p. 24).

Nesse sentido, a pena é uma reação, que somente se imputa em face da realização prévia de um crime; “por isso o Estado, através do Direito Penal, a qualifica como legítima, já que ela será uma consequência em face do cometimento de uma violência prévia – que é o crime – por parte do agente que a sofre” (BRANDÃO, 2011, p. 77).

Ao afirmar que o fim da pena ou das medidas de segurança era prevenir eficazmente a prática de futuros delitos, Von Liszt destacou que as três formas de atuação da prevenção especial seriam: intimidação, correção e inocuidade. Dessa maneira, “caberia a correção do autor corrigível, a intimidação do delinquente ocasional e a inocuidade do irressocializável” (BUSATO; HUAPAYA, 2008, p. 191). Com a pena, portanto, pretende-se a defesa da sociedade com a segregação e exclusão social dos sujeitos apenados, isto é, a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente com a finalidade de evitar futuros delitos.

Nesse sentido, resta claro que é o Estado quem leva a efeito a aplicação da pena com um propósito fundamental e absolutamente claro: manutenção da sociedade sob controle. Isso porque, tanto a permissão de uma conduta criminosa, como a punição deste pela vítima (vingança privada) levariam a uma perda inadmissível do controle por parte do Estado. Nesse contexto, a pergunta “por que se pune” parece ser adequada e satisfatoriamente respondida pela afirmação “para manutenção do controle social, que é a tarefa precípua do Estado” (PEREIRA, 2011, p. 280). De fato, inúmeros e diversos sempre



foram os fins atribuídos à pena. As propostas retribucionistas visam, com a pena, a simples retribuição do mal causado, sem qualquer outra utilidade ou finalidade, ou seja, a pena devia ser aplicada pela simples prática da infração penal. As preventivas ou relativas, por sua vez, fundamentam a aplicação da pena na ideia de prevenção da ocorrência de delitos, seja uma prevenção geral (dirigida à sociedade como um todo), seja uma prevenção especial (dirigida pontualmente ao sujeito que infringiu a norma). As propostas mistas ou ecléticas, por seu turno, partindo da junção das duas pretensões anteriores, sustentam que a pena, a um só tempo visa a prevenir delitos e retribuir o mal causado. Finalmente, as aqui consideradas como propostas atuais relacionam-se com a ideia da prevenção geral positiva, em duas vertentes, fundamentadora e limitadora.

O Direito penal apresenta atualmente uma orientação funcionalista seja na vertente de corte radical (linha de Jakobs – prevenção geral positiva fundamentadora) seja na vertente mais moderada (linha de Roxin – prevenção geral positiva limitadora desde os postulados garantistas). Günther Jakobs (2005, p. 12), parte da referência do Direito penal para o sistema social, é dizer, a norma, aqui, constitui-se “uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante as frustrações que decorrem da violação das normas”. Nessa concepção, “a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social”. Afinal, para Jakobs, os contatos e interações sociais geram as mais diversas expectativas, que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social (JAKOBS, 2005, p. 12).

Na proposta de Roxin, contudo, de corte sensivelmente mais garantista, “a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, porquanto a pena busca a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 112), não apenas reconhecendo na pena uma função integradora – que se desenvolve com a prevenção especial – mas também admitindo a culpabilidade como um limite da pena. Diante disso, três são os fins e efeitos da pena segundo essa perspectiva: a) o de aprendizagem, motivado social e pedagogicamente; b) o exercício da confiança no Direito que tem origem na população pela atividade da justiça penal e c) o efeito de confiança que surge quando o cidadão observa o Direito aplicado.

Por sua vez, Ferrajoli declara que “ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais, imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais” (FERRAJOLI, 2006, p.313).

A finalidade da pena como sanção imposta pelo Estado ao criminoso, por meio da ação penal, pode ser deduzida da seguinte forma: retribuição ao delito praticado e prevenção a novos crimes. A pena possui caráter geral negativo, que consiste no poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; caráter geral positivo, que demonstra a existência e a eficiência do Direito Penal; caráter especial negativo, que

consiste na intimidação do autor do delito para que este não volte a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário, a fim de evitar a prática de outros delitos; e caráter especial positivo, que é a proposta de ressocialização do condenado, para que ele retorne ao convívio social depois de cumprida a pena ou por benefícios que antecipam a sua liberdade. Tal compreensão pode ser obtida a partir da análise do art. 59 do nosso Código Penal<sup>2</sup> o qual na parte final conjuga a necessidade da reprovação com a prevenção do crime.

Portanto, as finalidades das penas são reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais em que a partir da aplicação ao autor tende-se a refletir junto à sociedade, permitindo que as demais pessoas, que estejam vendo a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal, prestando-se em infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito e promovendo a integração social; objetivando, ainda, uma neutralização daquele que praticou a infração penal para que o mesmo desista de cometer delitos, tendo em vista o caráter ressocializador.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena pecuniária. Tais espécies de pena podem ser classificadas da seguinte forma:

- Penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, enquanto os dois primeiros tipos de pena decorrem da prática de crime, o último tipo decorre de contravenções penais.
- Penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fins de semana, perda de bens e valores e prestação pecuniária. Consistem em sanções penais autônomas e substitutivas, conhecidas também como penas alternativas, servindo para evitar o cerceamento da liberdade de alguns autores de infrações penais com menor potencial ofensivo. As medidas previstas nas penas restritivas de direito visam recuperar o agente que praticou o crime através da restrição de alguns direitos.
- Pena Pecuniária: Multa.

Assim, observa-se que a ideia de que o Direito penal é um instrumento de garantia ou defesa do indivíduo ante o poder punitivo do Estado é originária do movimento iluminista no período do final do século XVII e início do século XVIII. O direito penal, ao elaborar conceitos como o de crime e pena, condiciona e limita a atuação dos agentes do Estado encarregados do exercício do poder punitivo. Entretanto, direito penal e poder punitivo não se confundem, conforme a lição de Zaffaroni (2007, p. 26), “são conceitos que devem ser nitidamente separados, como passo prévio para a adequada compreensão do horizonte de projeção do direito penal”. Tobias Barreto<sup>3</sup> (2009, p. 54), por sua vez, em consonância com

2 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

3 Efetivamente o professor da Faculdade do Recife afirma expressamente: “La pena constituye un medio extremo; como tal es también considerada la guerra. En la fuente em que cualquier dichoso pudiera gloriarse de beber la razón filosófica de una, encontraria igualmente el fundamento de la outra.”(2009, p. 54)

as ideias vigentes na Europa defendia, entre nós, que “a pena constituía um meio extremo, da mesma forma que a guerra”.

De fato, a sanção penal acarreta sempre grave restrição de direitos fundamentais. Assim, sob a égide do Estado Democrático de Direito o qual busca garantir a todos esses mesmos direitos, a sua utilização deve sempre ser reservada às hipóteses de estrita e inafastável necessidade. Portanto, nesse mesmo contexto, não se pode legitimar qualquer expansão desmedida do direito penal, nem mesmo a pretexto de conferir-lhe maior eficácia, argumentando-se numa equivocada mentalidade segundo a qual problemas sociais se resolvem com repressão penal. Nesse sentido, Juarez Tavares (2004, p. 44) afirma: “A criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque é uma condição do Estado Democrático de Direito o respeito dos direitos fundamentais e a proteção da pessoa humana”.

### 2.1.2. Ato infracional e medida socioeducativa

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Entenda-se que, houve uma equiparação do fundamento fático do ato infracional ao que é considerado relevante e, por isso, também serve para a especificação do tipo penal; ou seja, a conduta legalmente expressa na lei (ação ou omissão), e, “não, variavelmente, aos demais critérios que são utilizados para valoração negativa, tal como a antijuridicidade e culpabilidade, e, constitutiva que denota a conduta como delituosa, vale dizer, como crime para, assim, cominar responsabilização penal” (LIMA; MINADEO, *on line*).

Como foi dito alhures, a infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de 18 anos. A estes, quando incidirem em determinado preceito criminal ou contravençional, tem cabimento a respectiva sanção, ou seja, comina-se pena no seu mais puro significado. Já, para os atos infracionais, a disciplina é diferenciada, posto que quando crianças e adolescentes forem autores de atos infracionais, diante do aspecto da inimputabilidade e das medidas a lhes serem aplicadas, a reprimenda apresentará contornos diversos.

A priori, cumpre esclarecer que os adolescentes que praticarem atos infracionais serão sim responsabilizados, sendo que eles respondem não como adultos que cometeram crimes e são punidos perante o código penal, mas sim, respondem como adolescentes que cometeram atos infracionais e são responsabilizados frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Cumpre, ainda, combater a falsa ideia de que o ECA regulamenta a impunidade, pois esse regramento, na verdade, prevê um sistema especial para responsabilizar o adolescente de maneira específica, através de uma sistemática diferenciada. O jovem que cometer um ato infracional não ficará impune por não ser imputável, será respon-

sabilizado pelo ECA através de medidas socioeducativas, podendo ter até a sua liberdade privada como é estabelecido pelo artigo 122 do citado estatuto. Portanto, a Constituição Federal prevê a possibilidade de privação de liberdade ao adolescente, porém afasta o menor de 18 anos do procedimento criminal e da respectiva sanção penal por meio da inimputabilidade, submetendo-o a regramento específico.

Assim, o preceito constitucional contido no art. 228 da Carta Magna reafirma a inimputabilidade penal das pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, advertindo, pois, que são sujeitos às medidas previstas naquela legislação especial. Dessa forma, metodicamente, restringe-se o poder de polícia, ou seja, o poder intervencionista do Estado, em que se limita formal e materialmente às opções políticas tomadas por efeito do alinhamento da legislação especial à matriz constitucional e às diretrizes internacionais dos Direitos Humanos, nesse caso, os intrínsecos às crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente manifesta um conjunto de medidas que devem ser aplicadas mediante a autoria de ato infracional. Assim, às crianças cabe ao Conselho Tutelar as providências e encaminhamentos, aplicando as medidas de proteção. Já aos adolescentes, após efetuar o devido encaminhamento ao Ministério Público, a quem compete conceder remissão ou representar para a instauração de processo judicial, será aplicada a medida socioeducativa mais adequada, pelo Juiz da Infância e da Juventude.

No plano do ato infracional, as medidas a serem ministradas à criança são diversas daquelas destinadas ao adolescente. Com relação à criança, por determinação expressa do art. 105 do ECA, quando sua conduta configura ato infracional, incumbe ao Conselho Tutelar, antes de tudo, mediante termo de responsabilidade, colocá-la sob a guarda de seus pais. Estes devem ser os primeiros responsáveis pela sua formação moral e social, mas se não tiverem condições para tanto, diante do desajuste familiar, do comportamento comprometedor do casal ou do procedimento reprovável de um dos cônjuges, com quem o outro conviva, há de se encontrar um terceiro responsável dentro ou fora da linha de consangüinidade.

O Conselho Tutelar também deverá acompanhar a criança temporariamente, com orientação e apoio, determinando a sua matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino. Ademais, a situação econômica da família ou responsável, notadamente quando lhes forem escassos os recursos, permite ao Conselho Tutelar buscar o apoio de programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. E, sendo o caso, poderá o Conselho, ainda, requisitar tratamento médico, psicológico, psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, ou incluir em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Outra providência cabível na hipótese de ato infracional praticado pela criança é a utilização do abrigo em entidade, a não implicar privação de liberdade. É sempre uma

cautela excepcional e provisória, até a sua colocação em família substituta, que consiste também em outra medida possível de ser tomada, adstrita, entretanto, à competência da Justiça da Infância e da Juventude. Observa-se que a criança foi considerada pelo Estatuto como um ser, ainda, incapaz de refletir em profundidade o ato cometido, e, portanto, alvo de medidas que visem à sua proteção.

Essa diferenciação na aplicação de medidas às crianças está em consonância com as Regras de Beijin (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude), em que a culpabilidade da situação que provocou o ato infracional não recai sobre a criança. São medidas que visam à garantia e à proteção dos direitos mais fundamentais e que, com a urgência necessária, que certamente requer a situação, recolocarão em normalidade social e psicológica a vida da criança.

Desta forma, não se pode legitimamente dizer que a diferença entre ato infracional e crime reside tão somente na nomenclatura ou mesmo nas consequências jurídicas que são ao mesmo tempo cominadas legalmente e aplicadas judicialmente, isso porque o conteúdo normativo dos institutos jurídicos legais e o seu âmbito de aplicação destinam-se a objetos e finalidades particularmente próprias. Assim como as demais estruturas das respectivas consequências jurídicas, isto é, as medidas socioeducativas e as sanções penais também não podem ser confundidas, pois enquanto as primeiras possuem caráter essencialmente sociopedagógico, as segundas destinam-se primordialmente à retribuição e prevenção.

As medidas socioeducativas, por sua vez, só poderão ser aplicadas aos adolescentes, ou seja, aqueles com idade compreendida entre 12 (doze) e 18(dezoito) anos de idade, segundo a legislação especial. Desta forma, verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas, conforme o art. 112 do ECA:

- Advertência – consiste na repreensão verbal, reduzida a termo e assinada, em que o juiz da infância e da juventude procurará repercutir positivamente no íntimo do adolescente e sobre seus familiares, aos quais também se destina indiretamente a medida.
- Obrigação de reparar o dano – medida que poderá ser aplicada quando o ato infracional repercutir patrimonialmente. Esta medida poderá trazer um ressarcimento útil à vítima.
- Prestação de serviços à comunidade – medida em que o adolescente infrator realizará serviços gratuitos e de interesse geral à comunidade. O período de seu serviço não poderá ser superior a seis meses e nem a oito horas semanais, sendo prestado aos sábados, domingos, feriados, ou mesmo durante a semana, desde que não afete sua frequência escolar ou sua jornada de trabalho. Com intento preventivo, pedagógico e repressivo, determina a legislação pertinente que o jovem prestará seus serviços em entidades assistenciais, escolas, hospitais, creches, asilos e estabelecimentos congêneres, desde que sejam entidades filantrópicas.
- Liberdade assistida – medida de caráter educativo e preventivo de fundamental importância, em que o adolescente infrator será atendido em meio aberto. É dirigida a adolescentes reincidentes os quais terão um programa especial de atendimento e que serão supervisionados por autoridade competente para serem reintegrados à comunidade, à escola e ao mercado de trabalho.
- Semiliberdade – esta medida socioeducativa objetiva reintegrar o adolescente à sociedade, de forma gradual, fazendo com que o mesmo trabalhe e estude durante o dia e recolha-se ao estabelecimento de atendimento no período noturno. Cabível, de regra,



aos adolescentes que não possuem responsáveis por si e aos que apresentam um âmbito familiar inadequado para o auxílio a sua reinserção.

- Internação – constitui a mais severa dentre o rol das medidas socioeducativas, por ser uma medida privativa de liberdade. O Estado-Juiz deve aplicá-la somente nos casos mais graves e depois de ter verificado que nenhuma das outras medidas é suficiente para o caso.

As medidas socioeducativas podem ser conceituadas como medidas jurídicas aplicáveis aos adolescentes autores de ato infracional, estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais serão aplicadas levando-se em consideração a gravidade da infração, as circunstâncias e a capacidade do adolescente em cumpri-la, tendo por objetivo buscar a responsabilização do adolescente diante de sua conduta e, ao mesmo tempo, assegurar, no período de cumprimento da medida, condições que facilitem e promovam o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão. Conforme Liberati (2003, p. 05), as medidas socioeducativas podem ser conceituadas como “aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se a formação do tratamento tutelar empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social”<sup>4</sup>.

Nesse sentido, o direito à assistência socioeducativa do adolescente autor de ato infracional consiste no direito ao cumprimento de uma medida socioeducativa que respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos, garantindo-lhe todas as garantias processuais e o pleno acesso aos direitos assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais instrumentos de proteção à infância e adolescência. A execução das medidas socioeducativas deve concretizar uma real proposta pedagógica de transformação e deve priorizar os propósitos da ressocialização e reeducação, posto que direcionadas a pessoas que ainda se encontram em desenvolvimento psicológico e social.

Desta forma, as medidas socioeducativas devem ser aplicadas aos adolescentes pelo Juiz da Infância e da Juventude o qual deverá considerar: a gravidade da situação, o grau de participação e as circunstâncias em que ocorreu o ato, a personalidade, a capacidade física e psicológica para cumprir a medida e as oportunidades de reflexão sobre seu comportamento visando mudança de atitude; ressaltando-se que todo o procedimento tem participação obrigatória e fiscalização do Ministério Público.

Obviamente, esse quadro revela uma discriminação positiva que não quer dizer o mesmo que impunidade, posto que se trata de uma sanção específica, direcionada de acordo com a idade e desenvolvimento do agente e com os objetivos e princípios da Constituição Federal. Resta claro que, por conta da determinação legal o adolescente em conflito com a lei é submetido à medida socioeducativa e não a pena, sendo ambas distintas, tanto no conteúdo quanto na finalidade. As medidas socioeducativas são formuladas como oportunidades de reconstrução de cidadania, sendo relevante e predominante a sua dimensão educacional, de forma a propor aos adolescentes outras possibilidades de desenvolvimento

<sup>4</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

de seus interesses e reinseri-los socialmente com uma nova proposta de vida, posto que pedagogicamente sua atuação alcança o jovem em desenvolvimento e deve interferir no processo de formação de valores e definição de comportamentos por meio de educação, disciplina e tratamento. Conforme Shecaira (2008, p. 185), “mesmo a privação da liberdade, denominada internação, não possui um sentido punitivo, uma vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente”.

Ocorre que, parte da doutrina atual, passou a defender o posicionamento de que as medidas socioeducativas possuem uma natureza pedagógica e retributiva, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecido um mecanismo de punição de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas retributivo em sua forma. Assim, defendem os partidários desse entendimento que a parte específica de atos infracionais do Direito da Infância e Juventude tem natureza penal e, portanto, deveria estar submetida aos princípios norteadores do sistema penal, recebendo a denominação de Direito Penal Juvenil.

## 2.2 A inaplicabilidade de um Direito Penal Juvenil

O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública que, em muitas ocasiões, excedem os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves.

A Constituição em seu art. 228 estabelece que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” A norma constitucional reforça a regra do art. 27 do Código Penal de 1940 que adota a presunção absoluta de inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, diferencia a criança do adolescente em seu art. 2º para, em seguida, declarar a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, que são submetidos às suas regras. Define-se a inimputabilidade penal em razão da idade como resultado de uma incapacidade do menor de idade derivada da falta de condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e saúde psíquica. E mais, acrescenta-se que o menor de 18 (dezoito) anos não possui o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminal de seus atos ou para determinar seu comportamento conforme essa compreensão. Além disso, torna-se sensato compreender que o tratamento específico a respeito da conduta infracional leva em conta o fato de que a criança e o adolescente estão em processo de desenvolvimento em todos os aspectos e uma sanção penal, com todas as suas conseqüências, só traria efeitos ainda piores a tal processo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao recomendar a aplicação preferencial de medidas que não prejudiquem a socialização dos adolescentes, conforme art. 100 da Lei: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. E, ainda, durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas (art. 123, parágrafo único).

O reconhecimento da condição peculiar vivenciada por crianças e adolescentes provém da concepção de que toda pessoa desenvolve permanentemente a sua personalidade, todavia, na infância e na adolescência esse processo transcorre de forma mais intensa. A partir de toda uma matriz história, jurídica e social, nacional e internacional, firmou-se o entendimento da criança e do adolescente como ser humano em desenvolvimento com particularidades, necessidades e, conseqüentemente, direitos específicos. Decorre desse fato, a existência de diversos níveis de desenvolvimento e responsabilização, os quais acarretam exigibilidades diferenciadas a serem definidas consoante tal princípio. Não há, portanto, a exclusão do poder estatal sobre tal esfera e sim a adequação a um segmento específico.

Inserido em um processo mundial de consolidação, atenção e valorização dos direitos da criança e do adolescente, surge a revisão da legislação brasileira, fundamentada em uma nova concepção de direito e cidadania, a uma percepção da criança e do adolescente como ser humano com necessidades diferenciadas. O Direito Constitucional da Infância e Juventude concretizou mudanças na relação de responsabilidade existente entre crianças e adolescentes, Estado e sociedade civil; na forma de tratamento, eliminando preceitos prejudiciais originados da associação equivocada entre menor, crime e delinqüência.

Portanto, a consideração da infância e adolescência como fase peculiar do desenvolvimento humano foi o princípio orientador para a construção de regras e normas jurídicas distintas do Direito Penal tradicional destinado aos adultos. Desta forma, o Direito Constitucional da Infância e Juventude reconheceu um sistema próprio de responsabilização para os menores de idade fundado em um modelo de responsabilidade diferenciado, em que o próprio legislador constitucional renuncia à imposição de uma pena criminal. E, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente tomar por base para a definição de atos infracionais as condutas enumeradas pelo legislador penal como não permitidas por questão de facilidade conceitual, as medidas socioeducativas não cumprem o mesmo papel da pena, possuindo finalidades e conteúdo distintos.

As medidas socioeducativas diferem das penas, pois não devem cumprir apenas o papel de controle social que elas, procuram evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes, mas a partir da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três



segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4º, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA): advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. As políticas básicas constituem o sistema primário o qual visa a prevenção e pretende abranger a universalidade dos jovens, propiciando que indistintamente alcancem condições de saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura favoráveis a seu desenvolvimento. Já o sistema secundário executa políticas de proteção especial, as quais atentam para situações de risco pessoal ou social da infância e juventude, através de medidas expressas nos arts. 101, 129, 23, parágrafo único, e 34 da mesma Lei. Por fim, há o sistema terciário, que trata das medidas socioeducativas presentes nos arts. 112 e 129 do ECA, destinadas a adolescentes que praticaram ato infracional.

Considerando que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar de forma sistemática, e não pontual, evidencia-se que essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes. Pelo contrário, sua implementação implica a articulação de serviços e programas e um exemplo da cumulação de medidas protetivas associadas à imposição de uma medida socioeducativa esclarece essa sistemática. Consoante o art. 112 do ECA, que elenca as medidas socioeducativas aplicáveis a um adolescente, é possível a aplicação também de quaisquer medidas protetivas previstas no art. 101, I a VI, da Lei. Assim, muitos são os casos de adolescentes autores de ato infracional com dependência química e essa situação demanda não só a imposição de medida socioeducativa adequada, mas também a inclusão do adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Ressalte-se, ainda, que todas essas políticas devem ser operacionalizadas em políticas, programas, serviços, atividades, ações diversas, de maneira articulada e universalizada. Universalizada tendo em vista que não é porque um adolescente atuou contrário à lei na prática de um ato infracional que o mesmo deve ser privado de toda a estrutura de proteção direcionada ao segmento infanto-juvenil. Não chega a ser preciso visitar uma Vara da Infância e Juventude para saber que os adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais sempre revelam, em alguma fase de suas vidas, direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua, envolvimento com drogas, por meio de dependência ou tráfico.

O rol de medidas socioeducativas revela uma escala de severidade, começando pela mais leve (advertência) e podendo chegar a mais grave (internação). A aplicação dessas medidas está vinculada a princípios próprios indicados no ECA e envolvem basicamente capacidade de cumprimento da medida pelo adolescente, as circunstâncias e gravidade da infração, as necessidades pedagógicas do adolescente, a preferência daquelas que visam ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e a possibilidade de sua substituição a qualquer tempo, conforme a evolução de cada um.

A propósito da medida privativa de liberdade – internação –, o que a distingue fundamentalmente da pena privativa de liberdade imposta aos imputáveis consiste no caráter pedagógico, reeducacional e de ressocialização. O sistema penitenciário comum tem por finalidades a punição em si e, por consequência, a prevenção de novos delitos. Esse sistema encarcera aqueles que infringiram a norma penal sem separá-los por qualquer critério para que possam cumprir a pena imposta. As medidas socioeducativas, por sua vez, devem ser cumpridas em estabelecimentos apropriados para adolescentes a partir de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico adequados a sua condição de pessoa em estágio de desenvolvimento, com o oferecimento de educação escolar, profissionalização, entre uma série de atividades a serem executadas durante o período de cumprimento; obedecendo-se a rigorosa segregação por critérios de idade e gravidade do ato.

Notoriamente, pode-se dizer que a internação é a mais complexa medida socioeducativa a ser aplicada aos adolescentes, estando declinada ao princípio da excepcionalidade<sup>5</sup> (a medida não pode ser aplicada a qualquer caso concreto), brevidade (tempo determinado para o seu cumprimento) e respeito ao adolescente (dever do Estado em zelar pela sua integridade mental e física), sendo determinada pelo Juiz da Infância e Juventude. A medida de internação justifica-se pela constatação de fato grave<sup>6</sup>, como também nos casos em que não seja possível a liberação imediata do adolescente infrator ao seu responsável, ou ainda em circunstâncias em que a gravidade do ato infracional alcançar grandes proporções, necessitando, dessa forma, o resguardo da segurança e a proteção do adolescente. Essa medida, por ter um caráter de privação de liberdade, deverá ser cumprida no prazo máximo de três anos, em que durante esse período, o adolescente deverá passar por uma reavaliação periódica a cada seis meses, realizada pela própria Unidade, a qual enviará um relatório conclusivo do interno para a autoridade competente, conforme art. 94, XIV do ECA. Passados os três anos, caberá a autoridade judiciária, na pessoa do juiz, decidir de três formas o destino do adolescente, quais sejam: substituir a

5 O parágrafo único do art. 108, ECA, prevê que a decisão que determina a internação provisória do adolescente deverá ser fundamentada em (i) indícios suficientes de autoria, (ii) materialidade, (iii) demonstração da necessidade imperiosa da aplicação de medida privativa de liberdade.

6 No tocante à escolha da medida de internação como a mais adequada, é também o art. 122 que deve ser observado: 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; e  
III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

internação pela semi-liberdade como forma de transição para o meio aberto; substituir a internação pela liberdade assistida; ou determinar a liberação do adolescente internado, entendendo que a medida alcançou plenamente sua finalidade. Em qualquer hipótese, a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Ressalte-se que a internação não será aplicada na hipótese de outra medida se revelar como mais adequada. Traduz-se, desta forma, como último recurso a ser utilizado. A privação de liberdade, assim sendo, somente é cabível ante a verificação dos pressupostos objetivos e como condição necessária para que se realize a socioeducação do adolescente. Além disso, a restrição da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir, e não de outros direitos constitucionais.

Contudo, apesar de todo um sistema normativo já delimitado por princípios e finalidades específicas, destinado a responsabilizar da maneira mais apropriada o adolescente que comete ato infracional, observa-se a defesa por parte de parcela da doutrina de um posicionamento que vem se expandindo atualmente no sentido de reconhecer a existência de um direito penal juvenil. O entendimento parte de que as medidas socioeducativas possuem um caráter punitivo/retributivo similar a sanção penal e, desta forma, as disposições estabelecidas no ECA sobre atos infracionais e medidas socioeducativas representam uma espécie de direito penal.

Trata-se de um Direito penal especial o qual integra o Direito penal comum, ou seja, poderia ser entendido como um setor especializado da dogmática penal, através de um sistema positivo juvenil cuja finalidade seria a inserção dos princípios penais no sistema infracional, de modo a contribuir com o fim desse sentimento de impunidade que a sociedade tanto evidencia. Nesse contexto, o ECA passaria a ser parcialmente tratado como uma lei penal, em razão de contemplar a matéria relacionada à prática de infrações penais por menores de idade e suas conseqüências, sendo que como exposto no decorrer desta pesquisa, os atos infracionais divergem das infrações penais em razão da atuação de um sujeito que, por mandamento constitucional, ocupa uma posição diferenciada no ordenamento jurídico e, desta feita, também tem uma responsabilização diferenciada a qual não tem natureza penal.

Ousamos tecer uma crítica ao direito penal juvenil, ou direito penal de adolescentes, como campo próprio do Direito e subsistema do Direito penal, posto que considerar a construção de uma dogmática penal no campo do Direito Constitucional da Infância e juventude significa desconstruir toda a legitimação especial da criança e do adolescente enquanto sujeitos submetidos a proteção integral.

De fato, o Direito Penal Juvenil em nada contribui para o processo de crise de efetividade que o Direito Constitucional da Infância e Juventude apresenta, posto que ao defender a aplicação dos princípios norteadores do sistema penal sob a justificativa de

ampliar o rol de garantias, traz como conseqüência inevitável um discurso criminalizante o qual só corrobora a equivocada necessidade de uma redução da maioria penal.

A questão da criminalidade envolvendo adolescentes reforçam uma percepção do senso comum de um sentimento de impunidade, indiferença penal e suposta benevolência da legislação especial no trato da questão. Ocorre que aqueles que lançam críticas ao tratamento dado aos adolescentes em conflito com a lei não se interessam em investigar em que grau as medidas socioeducativas no país acompanham as determinações trazidas pela legislação. De fato, uma gama ampla de dificuldades é encontrada para a real implantação do que preconiza o Direito Constitucional da Infância e Juventude o qual traz um conjunto de princípios norteadores que visam as ações de ressocialização e aplicação de medidas socioeducativas, como forma de não deixar impune o ato praticado e, ao mesmo tempo, entendê-lo diferentemente do ato cometido por um adulto. As medidas socioeducativas tem, em seu propósito, um caráter educativo e de responsabilização do adolescente em sua conduta e, além disso, buscam assegurar, no período de cumprimento, condições que facilitem e promovam o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão. Contudo, no que diz respeito à efetividade da medida, observa-se um verdadeiro paradoxo entre o que o sistema propõe e aquilo que é alcançado na prática institucional. A questão vai além de um sentido punitivo e denota uma relevância complexa e estrutural do ponto de vista da efetividade de todo um sistema constitucional da infância e juventude. De fato, não se faz necessário construir um novo ramo jurídico, mas concretizar, implementar, efetivar o que já está posto.

Para refutar tal perspectiva penal é preciso enfatizar que as medidas socioeducativas não são sanções jurídico-penais. Portanto, não são penas! O caráter educativo e pedagógico se deve ao conteúdo das medidas, mas não retiram seu caráter de responsabilização, pois em que pese serem responsabilizantes, devem ter por objetivo precípuo a educação.

A solução legítima para tratar da incompatibilidade entre o conteúdo normativo e a prática operativa consiste em encarar o Direito Constitucional da Infância e Juventude como ramo jurídico, dotado de especificidades próprias e carente de efetividade em diversos aspectos. Apelar por uma aproximação, ou melhor, para uma redução desse ramo jurídico à espécie do Direito Penal não só é ineficaz como produz efeitos paradoxais, na medida em que parcela da sociedade e da comunidade jurídica que sempre olhou o Direito Penal como última alternativa agora quer fazer uso do mesmo para buscar uma solução para um problema estrutural e complexo representado por criminalidade e sensação de impunidade, mantendo o sistema normativo específico em alguns aspectos favoráveis e justificando uma retificação para o enquadramento da parte infracional como matéria penal.

Criar um Direito Penal Juvenil, como um subsistema do Direito Penal, só conduz a problemática para um caminho que não trará nenhuma solução consistente, posto que só tem por finalidade justificar um tratamento penal ao campo específico do sistema de

responsabilização por ato infracional o qual está fundado nos princípios do Direito Constitucional da Infância e Juventude e não do Direito Penal.

A problemática envolvendo a inefetividade das medidas socioeducativas está ligada ao modo de execução que foge dos parâmetros já estabelecidos pela própria legislação. O que se deve combater é a sistemática repressiva e segregatória que aquelas apresentam e a influência desse processo na trajetória de criminalidade que se alastra entre os adolescentes institucionalizados. A presença do caráter de repressão nas medidas socioeducativas não pode justificar a categoria penal da medida, mas o predomínio desse caráter repressivo deve ser combatido.

De fato, o direito penal juvenil se deve muito mais ao desejo de demonstrar à sociedade a qual clama por medidas mais duras como a redução da maioridade penal, um sistema de punição efetivo apto a solucionar a sensação de impunidade ocasionada pela criminalidade noticiada. Ocorre que definir um sistema penal para adolescentes significa se distanciar da hermenêutica constitucional, com a suposta justificativa de trasladar, “no interesse do adolescente”, institutos garantistas do Direito Penal para o âmbito do direito infracional; sendo que tal orientação vai de encontro à própria sistemática da teoria do garantismo jurídico aqui proposta.

Perceba-se que logo após a superação de um modelo disciplinar e reducionista no trato das questões ligadas ao segmento infanto-juvenil, de fases de total carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, da utilização de conceitos de situação irregular e abandono material e moral que admitiam uma indiscriminada intervenção judicial, com a nova ordem jurídico-constitucional exigindo rigorosa observância de seus pressupostos nas medidas destinadas ao público em análise (protetivas e socioeducativas), observa-se a construção e disseminação de um discurso criminalizante, quando o enfoque estratégico a perseguir seria combater a inexistência real de um sistema de garantia de direitos em favor de crianças e adolescentes, apontando as reais causas de um aumento da criminalidade.

Conforme Zaffaroni (2007, p. 13-14):

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nesse debate, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão, tendo em vista a identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor.

O autor supracitado afirma que na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos lhe sejam reconhecidos, pois

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente perigoso. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

O doutrinador (ZAFFARONI, 2007, p. 21-22) retoma a distinção romana entre *inimicus* e *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, o qual carecia de direitos em termos absolutos, era quem estava fora da comunidade. Do próprio direito romano surgiram os eixos troncais que haveriam de servir de suportes posteriores a todas as subclassificações do *hostis* levadas em conta para o exercício diferencial do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal. Estas categorias remontam a duas, originárias do direito romano: a do *hostis alienígena*, que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, por isso, inspiram desconfiança, tornando-se suspeitos por serem potencialmente perigosos; e a do *hostis judicatus*, ou seja, aquele declarado *hostis* em função da *autorictas* do Senado, que era um poder excepcional: “em situações, nas quais um cidadão romano ameaçava a segurança da República por meio de conspirações ou traição, o Senado poderia declará-lo *hostis*” (AGAMBEN, 2004, p. 122). A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos.

Como a figura do *hostis*, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal, é possível extrair desse significado uma ligação com a realidade atual, no sentido de que a tentativa de submeter o adolescente em conflito com a lei, que está inserido num sistema de normas específico, ao Direito Penal Juvenil (criação de uma espécie do Direito Penal), significaria torná-lo de certa forma um *hostis judicatus* ou inimigo declarado pelo poder da atualidade, na medida em que retirando-o da esfera legítima de proteção do Direito Constitucional da Infância e Juventude poderia aplicar-lhes o que está vedado por essa legislação qual seja a pena e, ainda, justificar, uma redução da maioria penal.

De fato, Zaffaroni (2007, p. 24) acrescenta que

Poderá se argumentar que o *hostis* dos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita medida da necessidade, ou seja, só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, porém deixa-se aberta a porta para o seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus outros direitos. Ou seja, esta não seria nada além de uma simples limitação do princípio do Estado de direito imposta pela necessidade e em sua estrita medida.

Os partidários do Direito Penal Juvenil sugerem esse propósito, tendo em vista que diante do apelo da sociedade por medidas mais duras aos adolescentes uma saída estratégica seria enquadrá-los numa espécie de Direito Penal a qual daria aos mesmos um tratamento bipolar, pois fariam parte do acervo de proteção do Direito Constitucional da Infância e Juventude, todavia a partir do momento da prática de um ato infracional (que eles consideram o mesmo que crime) sairiam desse âmbito da normatividade específica e enquadrar-se-iam como sujeitos comuns submetidos a uma espécie de pena, denominada medida socioeducativa a qual deveria ter conteúdo predominantemente ético-pedagógi-



co, mas que na verdade não passaria de sanção penal. Todavia, além de uma trajetória histórica, social e jurídica que impedem a condução da temática por tal caminho, ainda existe uma limitação constitucional substancial que estrategicamente impossibilita o tratamento penal ao segmento infanto-juvenil. Além disso, observando-se a história do exercício real do poder punitivo nota-se que toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado baseou-se em emergências, como a que aqui se verifica. Seria um direito da criança e do adolescente híbrido, ou seja, uma espécie de normas direcionada ao adolescente “bonzinho” e outro regramento destinado ao adolescente “malzinho”, perigoso<sup>7</sup>, criminoso. Segundo Zaffaroni (2007, p. 178) “O argumento de que muitas pessoas já estão sendo tratadas como inimigos e que isso é verificável não nos pode levar a aceitá-lo resignadamente e menos ainda a legitimá-lo, nem mesmo parcialmente”.

Ao estabelecer a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 227 da Constituição, entre outros aspectos, indica que enquanto o antigo direito não era o direito de todos os menores de idade, mas somente dos menores de 18 anos em situação irregular, o novo Direito da Infância e Juventude é o direito de todas as crianças e adolescentes. Trata-se do reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que, possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais.

A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil opera efeitos importantes na organização da Justiça especializada para o trato de questões relacionadas à infância e juventude, na formulação de políticas públicas dirigidas a essa população em atendimento ao princípio da prioridade absoluta e, de modo geral, na ação de diversos atores políticos e na configuração de um novo padrão para as relações sociais que envolvem crianças e adolescentes e seus interesses. Igualmente ao que ocorre em outros ramos, nota-se um conjunto de princípios, considerados imutáveis, dentre os quais estão o da proteção integral, o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o da inimizabilidade penal.

Apelar para um direito penal juvenil acaba por ser uma resposta mais satisfatória e imediata para a sociedade, posto que resolveria a questão da especificidade da categoria do adolescente simplesmente acabando com tal especificidade e, estrategicamente, a partir da construção de um regime de responsabilidade penal, surgiria como um argumento para fortalecer a inconstitucional temática da redução da maioridade penal.

Nota-se que partir por esse caminho não resolverá a problemática e, sem dúvida, só levará tal questão para soluções emergenciais, desarrazoadas e, sobretudo, inconstitucionais, pois desconstruem toda uma evolução jurídica e social condensada na Cons-

<sup>7</sup> Segundo Otto Kirchheimer: “Todo regime político tem seus inimigos ou os vai criando com o tempo” (**Justicia Política**, Granada, 2001, p. 3.)

tituição Federal e que serve de parâmetro irredutível para a legislação regulamentadora. Conforme Novelino (2009, p. 81):

Em princípio, pode parecer estranho a soberania popular impor limites materiais a si própria. Não obstante, a proteção de determinados conteúdos pelas Constituições visa a assegurar o próprio processo democrático, resguardando metas de longo prazo – muitas vezes subavaliadas por majorias ávidas em maximizar seus interesses imediatos – a fim de proteger a sociedade de suas inconsistências temporais. Nesse sentido, as Constituições democráticas atuam como verdadeiros mecanismos de autovinculação (pré-comprometimento) adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas.

A realidade ainda demonstra que a crise no sistema de atendimento a adolescentes privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos. A temática em questão é um desafio na busca de medidas eficientes que minimizem as problemáticas que envolvem crianças e adolescentes na prática de atos infracionais, possibilitando o resgate para a convivência social e formação adequada de sua personalidade. A coletividade deseja que o infrator seja punido por seus atos, mas também é verdade que a sociedade além da punição, espera que, ao cumprir sua medida, o jovem não volte a cometer atos infracionais.

As instituições destinadas à privação de liberdade de adolescentes não cumprem o objetivo ético-pegadógico-educacional e, portanto, estão aplicando uma punição que não surte o efeito desejado pela própria sociedade e que emana da Constituição. Essa constatação revela uma crise de efetividade do sistema que leva a entender, para alguns, que o mesmo deve ser equiparado a Direito penal a partir de uma aproximação equivocada de conteúdo e finalidade. Todavia, trata-se de uma interpretação que deve ser combatida; pois o que se deve buscar são meios para concretizar a efetividade de um ramo jurídico que já tem seu conteúdo normativo delimitado e precisa reforçar suas garantias para se fazer valer enquanto sistema jurídico autônomo extraído do texto constitucional.

O que se pretende é lançar as bases de um discurso construtivo e racional de que Direito Penal e Direito da Infância e Juventude são ramos distintos e, assim como exposto anteriormente, seus institutos possuem conteúdo e finalidades diferentes. Além disso, a sociedade clama por soluções imediatas, porém estas infelizmente não são satisfatórias. As soluções devem ser debatidas, construídas e concretizadas de maneira racional para que possam trazer estabilidade. O desafio não é simplesmente encarcerar o adolescente que comete ato infracional, mas reeducá-lo para que volte a integrar o meio social, colaborando para a construção da sociedade e tal demanda só se torna possível por meio de uma responsabilização efetiva, nos moldes já evidenciados por todas as normas do direito da infância e juventude.



## 2.3 O infrutífero debate para a redução da maioria penal

O senso comum sempre apóia o legislador em mais rigor penal, porém, a punição pela punição não diminui nenhum tipo de violência, senão a criminalidade entre adultos diminuiria, quando o que se observa é um aumento contínuo na prática de crimes, notadamente de crimes contra a vida e presídios abarrotados, fazendo com que a própria justiça criminal aplique substitutivos penais como alternativa.

De fato, o país ficou viciado em prender e faz pouco caso de outras soluções mais produtivas e eficazes, porém que demandam vontade política e investimentos públicos. As sociedades atuais são excludentes e precisam se livrar dos indesejados e o sistema prisional se apresenta como solução imediata para expurgar aquilo que está incomodando.

No imaginário popular brasileiro difundiu-se equivocadamente a ideia de que o adolescente não se sujeita a praticamente nenhuma medida repressiva. A falácia de que a repressão é a solução continua em voga. A irracionalidade da proposta de redução da maioria penal só não é superior ao desespero da sociedade brasileira, que está exposta à insegurança pública. Seu sentimento de impotência é altíssimo. O desequilíbrio emocional é patente. Não vendo perspectiva para adotar uma decisão racional (exigir a efetividade do direito constitucional da infância e juventude a partir da operacionalização de suas garantias) parte-se para o irracional.

A redução da maioria penal concretiza uma medida reducionista, imediatista e equivocada. E, sobretudo, populista. Enviar um menor à prisão dos adultos não é a solução mais adequada. E dizer isso não significa fazer apologia à impunidade ou à criminalidade, posto que a violência é um fenômeno complexo que não há como ser resolvido com medidas simplistas. O endurecimento da legislação não é a solução mágica para a redução da criminalidade. O que se deve fazer é empregar maiores esforços em políticas públicas preventivas e não se enveredar por um discurso punitivo que reduz um problema estrutural e complexo a mera punição. Não se pode enfrentar o problema aumentando a repressão.

Será constante o clamor popular por recrudescimento de penas, aumento da severidade penal, uma desmedida resposta estatal à violência crescente, mas isso não pode fundamentar uma afronta ao ordenamento jurídico-constitucional que deve prezar pelas garantias e liberdades individuais que foram construídas em nossa legislação. Trata-se de uma questão que necessita de uma análise mais aprofundada e racional, pois que observa-se a proliferação de debates mal embasados e esvaziados de sentido prático.

A sociedade suplica por ações repressivas e severas que minimizem a violência crescente no país com a participação de adolescentes. Nota-se que muitas destas indagações se dá por conta da falta de conhecimento de que existe uma legislação específica para responsabilização, prevenção e ressocialização de adolescentes, ou quando sabem

da legislação, não acreditam na concretização das medidas e poder de intimidação das mesmas.

As propostas de redução da idade penal sustentam-se basicamente na crença de que são os adolescentes os principais responsáveis pela violência em razão do excesso de impunidade. Observa-se um direcionamento de responsabilidade pelos problemas da criminalidade, uma rotulação de delinquência, enfim um processo de demonização que ocasiona uma invisibilização da real situação e das demandas concretas que originam esse comportamento.

De fato, a violência como um grave problema social, de direitos humanos e de saúde pública, e que vitima majoritariamente jovens do sexo masculino, passa a ser percebida pela opinião pública como uma questão da qual o jovem é o responsável, e não a principal vítima. Além disso, em lugar de engendrar um reconhecimento de tratar-se de um problema estrutural da sociedade brasileira, decorrente de suas contradições, imputa-se à juventude sua causa essencial. O discurso dominante, distorcido e sensacionalista de que os adolescentes estão cada vez mais violentos e que cresce exponencialmente o número de menores de idade envolvidos com a criminalidade no país vai de encontro às próprias estatísticas oficiais as quais revelam uma predominância de delitos patrimoniais, sobretudo relacionados ao envolvimento com drogas, sendo que apenas 0,5% dos casos referem-se a infrações contra a vida. Além disso, o percentual de adolescentes em cumprimento de medidas judiciais também não chega a 1%.

Todavia, é significativa e cíclica a presença de projetos de lei e de propostas de Emenda Constitucional no Congresso Nacional Brasileiro, objetivando alterar dispositivos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em resposta a clamores sociais e da opinião pública, sobretudo quando um crime de repercussão nacional revela dentre os autores a presença de um adolescente menor de 18 anos. A condução dos debates sempre gira em torno da proteção da sociedade contra os menores perigosos e impunes, revelando um cunho altamente populista e demagógico o qual se ampara na sede por justiça da população que não se interessa em verificar de onde parte toda a problemática.

O paradigma adotado na legislação nacional especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no bojo de um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, põe em evidência o tratamento constitucional conferido aos adolescentes. Por isso, perverter a racionalidade e a principiologia constitucional, através dos intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 (dezesesseis) anos, ou abaixo disso, recebam as mesmas penas cominadas aos adultos, consistiria em retrocesso jurídico, além de afronta às garantias constitucionais, já asseguradas no Estado Democrático de Direito. Adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas diferentes entre si, não podem ser tratadas de igual maneira pelo Direito. Deve-se obedecer à isonomia e à proporcionalidade. Dessa maneira, diante do cometimento do ato infracional, busca-se como resposta

não a defesa da impunidade ou a indiferença penal, mas a compatibilidade da sanção em relação ao agente que o cometeu.

A primeira objeção a qualquer alteração no modelo e sistema adotado está amparada na constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no âmbito do Estado Democrático de Direito, como barreira efetiva para tais propostas de emenda e reforma constitucional. Não resta dúvida que a presença de princípios e regras de garantia em matéria dos direitos da infância e juventude no texto constitucional brasileiro configura não só um novo modelo de proteção e salvaguarda dos direitos dessa população, como produz efeitos em toda a disciplina infraconstitucional que venha a regular a condição material de crianças e adolescentes.

Mais que isso, no bojo de uma Constituição material, como a brasileira, quaisquer propostas de alteração ou diminuição de garantias vêm a se constituir como violação inequívoca de cláusula pétrea<sup>8</sup>. A inimizabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se, pois de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma limitação material ao legislador. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a idade penal, como se tem cogitado. Trata-se do reconhecimento do peso da norma constitucional e dos parâmetros internacionais decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro. Todos esses dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

Trata-se de questão que não pode ser abolida como se pretende o que representaria uma violação da Constituição material. Os direitos enunciados em tratados e documentos internacionais de proteção aos direitos humanos somam-se aos direitos nacionais, reforçando a imperatividade jurídica dos comandos constitucionais já mencionados. Tal constitucionalização do direito se evidencia através da necessária interpretação da lei conforme a Constituição e da aplicação direta da Lex Máxima às relações jurídicas.

Conclui-se preliminarmente que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e consequentemente sua alteração. Segue nessa linha a questão que se requer no direito penal juvenil, de uma equivocada necessidade de ampliação da esfera de punição penal, mas deve-se fazer prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição; do contrário, coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

<sup>8</sup> art. 60 da Constituição Federal da República Federativa: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

Portanto, para que pudesse ser alterada a questão da maioria penal no Brasil, haveria a necessidade de ser elaborada nova Constituição, senão a Constituição atual perderia sua validade, uma vez que dispõe que se trata de cláusula pétrea, e então havendo alteração em qualquer ponto, através de simples emendas, estaria se perdendo, assim, a estabilidade e segurança jurídica necessárias à existência do Estado Democrático de Direito, instalando-se, por conseguinte, a absoluta insegurança jurídica, e impossibilitando um efetivo garantismo em torno dos direitos da infância e juventude os quais restariam desamparados.

Ainda, no que tange a legislação brasileira, o artigo 27, do Código Penal, dispõe da seguinte forma: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. E da mesma forma corrobora, o artigo 104, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”. Sendo que para haver a redução da maioria penal, também ter-se-ia que haver alteração em tais dispositivos legais.

A maioria dos que defendem a redução da maioria penal acreditam que os adolescentes infratores não recebem a punição devida. Para eles, o Estatuto da Criança e do Adolescente é tolerante com os infratores e não intimida aqueles que pretendem transgredir a lei. Argumentam os defensores da não redução da maioria penal sobre o pensamento equivocado de impunidade:

[...] A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente faz estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, prevê medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade, como já vimos. (SADDY, 2003, p. 05)

Sobre o tema em discussão, Liberati argumenta em prol da atual sistemática:

[...]. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. (LIBERATI, 2000, p. 72)

No mesmo sentido, menciona Oliveira:

[...] a redução da imputabilidade penal, o aumento do tempo de internação, o rigor excessivo das punições não recuperam. Só o tratamento, a educação, a prevenção são capazes de diminuir a delinquência juvenil. Para combater a que já existe, o que se pode afirmar é que a segregação não recupera, ao contrário, degenera. Rigor não gera eficácia, mas desespero, revolta e reincidência. E isso é justamente o que não se espera para os nossos jovens. (OLIVEIRA, 2003, p. 16)

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) pronunciou-se a respeito da redução da maioria penal no Brasil afirmando que esse fato só representaria um

retrocesso para os direitos da infância. O UNICEF explicou em comunicado que existe a evidência de outros países que promoveram reformas similares e se comprovou que esta medida não reduz os crimes violentos e penaliza a infância e, ainda, que o Brasil alcançou grandes avanços para as crianças desde que ratificou a Convenção Internacional e começou a implementar o Estatuto da Criança e do Adolescente há 25 anos. No entanto, a situação ainda é preocupante, posto que é alarmante observar o impulso que se vive no país por uma “reforma regressiva” no sistema de Justiça de menores proposta no Congresso. Esta reforma não só abalaria a reputação do Brasil como pioneiro nos direitos da infância, mas também poderia ter repercussões negativas na região em seu conjunto, segundo o comunicado do UNICEF. Para o órgão da ONU o momento pede medidas legais que rompam o ciclo da impunidade e assegurem o agravamento de penas para as pessoas adultas que utilizam a crianças para cometer delitos. De mesma importância é que o Brasil continue seus investimentos em programas sociais dirigidos à infância e à adolescência em situação de risco.

De fato, a redução da maioridade penal é um tema intrigante, isto porque, levanta o debate sobre o crime, adolescência, impunidade, família, sociedade, Estado e as instituições que em sua maioria não apresentam condições mínimas no tocante ao estado de direito. Desta forma, é fundamental priorizar o que desejamos para o futuro: instituições que penalizam ou aquelas que têm caráter punitivo, mas também, de ressocialização.

Ressalte-se que uma redução da maioridade penal iria afetar, preferencialmente, jovens negros, sem condição social adequada, moradores de áreas periféricas onde o índice de violência é maior, pois este é o perfil da seletividade penal no Brasil. Mas, apesar de toda uma conjuntura desfavorável, ainda insistem em comparar o sistema penal brasileiro com o de países desenvolvidos para justificar um tratamento penal a adolescente.

A tese da redução da maioridade penal é incorreta, insensata e inconseqüente. Embora conte com forte apoio popular a proposta deve ser refutada, em razão sobretudo da sua ineficácia. Apesar do clamor midiático, que emocional e desesperadamente propugna pela adoção de medidas radicais e emergenciais, como se as causas da violência fossem imprevisíveis e inesperadas, esses agudos e críticos momentos exigem, na verdade, maior ponderação, mesmo porque já são inúmeras as medidas paliativas e pouco eficazes que só geram a descrença e perda de legitimidade da legislação vigente, que sempre prometem solução para todos os males decorrentes do estado de violência endêmica, mas que na verdade nunca resolvem nada. A imputabilidade penal para os menores de 18 não pode ser interpretada, simplista e apressadamente, no sentido de que o menor não é responsabilizado pelos seus atos infracionais.

Uma proposta plausível e imediata para solucionar o problema da violência juvenil está no recolhimento de todos os menores em estabelecimentos de ensino, com aulas em tempo integral, além de atividades lúdicas, esportivas e, principalmente, profissionali-

zantes. Esse compromisso ético não pode ser exclusivamente do governo, sim, também da sociedade inteira. Toda população deve ser fiscal do cumprimento dessa regra, mas a sociedade de consumo é imediatista e prefere como alternativa pugnar pelo recolhimento dos menores em estabelecimentos penais. Investir em educação, lazer e trabalho, tirando todas as crianças e adolescentes da rua e fazendo com que esses jovens não sejam compelidos a enveredar pela vida criminosa, dando-lhes oportunidades na vida, com uma educação de qualidade. Essa proposta só se faz possível a partir da existência real de um sistema de garantia de direitos em favor de crianças e adolescentes, fortalecendo-o, dotando-o de mecanismos orçamentários e jurídicos para garantir a sua efetividade em favor do seu público-destinatário.



# **CAPÍTULO 3**

---

**A TRANSPOSIÇÃO TEÓRICA DA TEORIA GERAL  
DO GARANTISMO JURÍDICO PARA O DIREITO DA  
INFÂNCIA E JUVENTUDE**



No intuito de se alcançar os objetivos deste trabalho, serão fundamentais as ideias expostas por Luigi Ferrajoli na parte final da sua obra *Diritto e Ragione* (Direito e Razão), publicada em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, em que o mesmo define os traços de uma teoria geral do garantismo jurídico. O autor utilizou o sistema penal como exemplo para ilustração de suas teses a respeito da (in)efetividade das liberdades e garantias dos cidadãos, no entanto, o garantismo ultrapassa os limites do Direito Penal para ser entendido como teoria geral de Direito, aplicável, inclusive, ao Direito da Infância e Juventude – área do conhecimento jurídico igualmente marcada por uma crise estrutural das garantias que caracterizam o Estado de Direito – baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e tendo como limite os direitos fundamentais.

Desta forma, pretende-se apresentar a noção geral sobre a teoria do garantismo jurídico, conforme a formulação de Ferrajoli, enfatizando a necessidade de operacionalização das garantias formalmente consagradas para o segmento infanto-juvenil a fim de superar a crescente divergência entre normatividade e efetividade. Para alcançar esse objetivo, apresenta-se uma proposta de transposição da teoria do garantismo jurídico para o direito da infância e juventude, tendo em vista que a realização do modelo garantista está fundada no respeito aos direitos fundamentais.

### 3.1 Noção preliminar sobre a teoria geral do garantismo jurídico

O garantismo jurídico é desenvolvido, nas palavras de N. Bobbio, ao prefaciar a primeira edição da obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli, a partir do interesse em elaborar um “sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder” (FERRAJOLI, 1995, p. 7)

Ferrajoli iniciou seus estudos no âmbito do Direito Penal, cuja teoria garantista nasceu como resposta à crescente divergência entre a programação normativa do modelo (penal) no nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores. O autor verificou, ao longo de sua obra, que o modelo penal garantista, ainda quando recebido pela Constituição como parâmetro de racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva, encontra-se desatendido na prática, causando divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores, o que transforma o modelo numa fachada com função meramente ideológica.

Evidencia-se, desta forma, uma clara divergência entre normatividade e efetividade e o garantismo enuncia-se como um ‘modelo limite’, um parâmetro pelo qual os sistemas são analisados de forma a distingui-los sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento nos seus níveis inferiores. Dentro dessa premissa, será adequado o sistema

constitucional que detiver mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados.

Partindo-se da constatação da divergência existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas, a concepção do garantismo é, em linhas gerais, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Nesse sentido, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico.

Ao dedicar a parte final de sua obra ao desenvolvimento da teoria geral do garantismo jurídico, Ferrajoli emprega uma proposta consistente em resolver esse paradoxo entre modelo normativo e prática operativa a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da atualidade. Para tanto, parte de um postulado teórico bem definido, qual seja, de que os ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos atuais, sobretudo aqueles com Constituição rígida, estão fundados em parâmetros sólidos de justiça, racionalidade e legitimidade. E que tais parâmetros, embora consolidados por uma estrutura normativa constitucional, são negligenciados em todos os níveis do poder estatal. Nesse contexto,

[...] Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial (CADEMARTORI, 1999, p. 72).

Este modelo seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupasse com aspectos formais e substanciais os quais devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes. De fato, o Estado constitucional de direito ultrapassa a ideia tão questionada, em razão do estabelecimento dos Estados totalitários, de um Estado 'legal' – apenas submetido formalmente à lei. O modelo de Estado sugerido surge para redefinir a própria noção de legalidade que, de submissão do poder público à lei, passa a ser encarada como submissão de todo o poder do Estado ao Direito; sendo que tal subordinação é expressa a partir do nível de juridicidade superior e vinculante conferido à Constituição e, sobretudo, pela consagração constitucional dos direitos fundamentais.

A teoria garantista busca soluções para a crescente crise do Direito, afirmando que esta pode ser vista sob três aspectos: como uma crise da legalidade, ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, com a ausência e ineficiência dos controles; uma crise do Estado social, o qual não é efetivado em razão da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito assinaladas por caracteres seletivos e desiguais; e, por fim, uma crise do Estado nacional, que se manifesta na troca

dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por consequência, em uma debilidade do constitucionalismo (FERRAJOLI, 2001, p. 15/16).

No entanto, Ferrajoli (1997, p. 92) enfatiza que os perigos para o futuro dos direitos fundamentais e da sua garantia dependem não só da crise do Direito, mas também da crise da razão jurídica, a qual erigiu o paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito. Diante disto, percebe-se que surge, por parte de Ferrajoli, a preocupação com o resgate da dimensão democrática do Estado de Direito Constitucional, sendo que este resgate pode ser feito a partir do entendimento de que a razão jurídica da atualidade possui as vantagens resultantes dos progressos do constitucionalismo ocorridos no século XX, os quais permitem a configuração e construção do Direito como um sistema artificial de garantias, constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais.

Assim esclarece Ferrajoli:

Este papel de garantia do Direito tornou-se hoje possível pela específica complexidade da sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de direito positivo (FERRAJOLI, 1997, p. 93).

Na fundamentação do modelo garantista, não apenas as formas de produção do Direito são programadas, mas também seus conteúdos substanciais, os quais são, mediante técnicas de garantia, vinculados normativamente aos princípios e valores previstos nas constituições. Disso resultam modificações no modelo juspositivista clássico, quais sejam: a) ao nível da teoria do direito, pela diferenciação entre validade e vigência e estabelecimento de uma nova relação entre a forma e a substância das decisões; b) ao nível da teoria política, aceitando uma revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento da sua dimensão substancial; c) ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, comporta uma redefinição do papel do juiz e revisão das condições e formas como se dá sua sujeição à lei; e d) ao nível do papel da ciência jurídica, o qual passa a ser não mais simplesmente descritivo, mas também criativo e crítico em relação ao seu objeto.

Nesse contexto de crise, uma das questões centrais da Filosofia do Direito tem sido o debate a respeito da imensa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais. Na obra “A era dos direitos”, ao discorrer sobre o presente e o futuro dos direitos do homem, o jurista italiano Norberto Bobbio afirma, em relação a tais direitos, que, uma vez solucionados os problemas de sua enunciação (nas diversas Declarações Universais e na maioria das modernas Constituições) e de sua fundamentação (o consenso de todos os homens), a grande questão agora é a realização dos direitos proclamados.

Desse modo, o que Bobbio tem sustentado é que pouco ou nada valem a justificacão racional e a declaracão solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico se o mesmo não contempla os meios necessários à sua concretizacão. Por isso, os debates atuais acerca dos direitos humanos devem voltar-se ao estudo das condições e meios pelos quais tais direitos podem ser tornados efetivos para o maior número possível de cidadãos. Neste sentido, esclarece Bobbio:

(...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, (...), mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 95).

Ao situar o problema da eficácia dos direitos numa dimensão jurídica, e, num sentido mais abrangente, política, Bobbio reconhece, sem dúvida, que tal discussão envolve necessariamente um debate sobre os limites do poder e passa por uma reformulacão das noções de Estado, Direito e democracia, enquanto instrumentos de defesa do cidadão face ao arbítrio e à injustiça .

Nesse contexto, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico foi formulada, a partir de três concepções de garantismo: (i) garantismo como modelo normativo de Direito; (ii) garantismo como uma teoria crítica do direito e (iii) garantismo como filosofia do direito e crítica da política. Trata-se, sem dúvida, de uma teoria embasada na dúvida, no espírito crítico e na incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações no contraste com a suposta coerência entre normatividade e efetividade dos sistemas jurídicos.

### **3.2 Acepções do termo garantismo**

O desenvolvimento da teoria geral do garantismo e sua adequação para outros campos do Direito, além do Direito Penal, fez com que o termo 'garantismo' pudesse ser entendido de três formas diferenciadas, mas correlatas, sendo elas: um modelo normativo de Direito; uma teoria crítica do Direito; e, uma filosofia do Direito e crítica da política.

Num primeiro aspecto, garantismo designa um modelo normativo de Direito. Caracteriza-se, no plano epistemológico, como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de minimizacão da violência e maximizacão da liberdade e, no plano jurídico, como um conjunto de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Assim, Ferrajoli defende a existência de graus de garantismo, ou seja, um sistema jurídico se traduzirá ou não como garantista conforme o quanto suas práticas efetivas correspondam aos mandamentos da Constituição.

Num segundo momento, garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade, termos diferenciados entre si e, também, no que diz respeito à existência ou vigência da norma. Neste sentido, a expressao garantismo mantém separados o ser e o dever ser no Direito, posto que estabelece uma teoria da divergência entre norma-

tividade e realidade, ou seja, entre Direito válido e Direito efetivo, ambos vigentes. Esta teoria compreende críticas internas, científicas e jurídicas, num universo limitado pelo direito positivo vigente, visando a legitimação ou deslegitimação interna do Direito, evidenciando suas antinomias ao invés de ocultá-las. Trata-se de uma perspectiva baseada na disparidade entre os modelos normativos e as práticas efetivas e que proporciona a crítica e a deslegitimação interna das normas carentes de validade.

Finalmente, numa terceira acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa, conforme aos bens e aos interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos. Pressupõe, desta forma, a distinção entre Direito e moral e entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, sendo equivalente a um ponto de vista unicamente externo, e aos fins de legitimação e da deslegitimação ético-política do Direito e do Estado.

### 3.2.1 O garantismo como modelo normativo de Direito

A teoria geral do garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito aos Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. A principal proposição da teoria em análise consiste em que a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

O garantismo representa um modelo normativo de Direito o qual tem como principal traço funcional o Estado de Direito. O Estado de Direito, analisado por Ferrajoli, tem origem na distinção desenvolvida por Norberto Bobbio entre os dois tipos de governo presentes no Estado moderno: o governo *per leges* e o governo *sub leges*.

O governo *per leges* tem como características: a generalidade da norma, pois está ligada a todos os sujeitos do ordenamento; a abstração da lei, que impõe características que caibam a qualquer pessoa; e a proveniência da norma decorre da vontade geral, com fim de evitar que os governos absolutistas ou autoritários possam ser considerados Estados de Direito. O poder *sub lege*, por sua vez, permite a superação da forma legislativa do Estado, conforme ressalta Ferrajoli:

Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse em dos sentidos diversos: em el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido em las formas u procedimientos por ella establecidos; y em el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. [...] En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex fact* regem y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por

el contrario sólo los estados constitucionales – y, en particular, los de constitución rígida como és tipicamente el italiano -, que en los niveles normativos superiores incorporam limites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder <sup>1</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

Assim, conforme o entendimento do autor em referência, o Estado de Direito sob um governo *sub lege*, no sentido fraco, pode ser associado à legalidade no sentido lato, ou validade formal, que exige somente que os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder sejam predeterminados por lei. Já, o Estado de Direito sob um governo *sub lege*, no sentido forte, pode ser ligado à noção de legalidade em sentido estrito, ou validade substancial, a qual requer que as matérias de competência e os critérios de decisão estejam legalmente preordenados e circunscritos, mediante obrigações e proibições.

Nesse cenário, dá-se o nome de Estado Garantista aos Estados de Direito Constitucionais, principalmente os que possuem uma Constituição rígida, que nos níveis normativos superiores apresentam limites formais e substanciais ao exercício dos poderes. Os limites formais são aqueles determinados pelo princípio da legalidade, ou seja, o que pressupõe que todos os atos do poder público são disciplinados por leis gerais e abstratas e submetidos ao controle do Judiciário. Por outro lado, os limites substanciais representam a funcionalização dos poderes do Estado ao serviço das garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, a partir da inclusão nas Constituições de proibições de se lesionar os direitos e liberdades e de obrigações de se dar satisfação aos direitos sociais, bem como dos poderes dos cidadãos de ativarem, em seu benefício, a tutela judicial.

A percepção da importância dos limites substanciais impostos pela Constituição faz-se necessária na medida em que se percebe:

Al mismo tiempo un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones – y de los correlativos espacios de discrecionalidad – en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, a inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales <sup>2</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 10)

Portanto, um Estado garantista ideal nada mais é do que um Estado de Direito substancialmente democrático, ou seja, dotado de garantias efetivas. Este novo Estado Democrático de Direito tem como características a constitucionalização de direitos naturais, presentes nas diversas declarações de direitos e garantias, cujo exercício e posse por parte do cidadão devem ser assegurados a fim de se evitar o abuso de poder por parte dos

<sup>1</sup> Tradução livre: “Poder *sub lege* pode, por outro lado, ser entendido em dois sentidos diferentes: no sentido fraco, lato ou formal, de que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas ou procedimentos por ela estabelecidos; e no sentido forte, estrito ou substancial de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não somente suas formas senão também seus conteúdos. [...] No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex fact regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, o são, pelo contrário, somente os estados constitucionais – e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano -, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não somente formais senão também substanciais ao exercício de qualquer poder.”

<sup>2</sup> Tradução livre: “Ao mesmo tempo um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo, gerada, de um lado, pela massiva expansão de suas funções – e dos correlativos espaços de discricionariedade – na vida social e econômica, e, de outro, pela redução da capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político em se libertar dos controles jurídicos e a deslocar-se a lugares invisíveis e extrainstitucionais”.



governantes. Tais direitos que são denominados fundamentais, incluem tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais e passam a funcionar como limites substanciais ao exercício do poder.

Nesse contexto, para que se possa entender qual é a relação entre Estado de Direito e democracia política nos ordenamentos modernos, faz-se necessária a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou seja, entre condições formais e condições substanciais impostas ao exercício válido do poder.

Ferrajoli faz esta distinção nos seguintes termos:

Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre quién puede y cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico <sup>3</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 858).

Por conseguinte, as regras do primeiro tipo tratam de competências e procedimentos formais, enquanto as regras do segundo tipo garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo que a violação das primeiras causa a não vigência das normas, enquanto que o não cumprimento das segundas ocasiona a invalidade das normas, podendo, assim, existir normas vigentes, porém inválidas, uma vez que estejam conforme as regras do primeiro tipo e contrárias as do segundo tipo.

No Estado garantista deve-se ter em conta o respeito à regra segundo a qual não se pode decidir, ou não decidir, sobre tudo, nem sequer por maioria. Assim, o Estado de Direito garantista, compreende-se como um sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. As constituições do século XX, contudo, além dos direitos tradicionais de liberdade, têm reconhecido outros direitos fundamentais, quais sejam: o direito à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, etc. Estes direitos, que são chamados de sociais ou materiais (*direito a*), constituem expectativas de comportamentos alheios, as quais correspondem obrigações, ou deveres públicos de fazer. Há, portanto, uma ampliação da noção liberal de Estado de Direito para, através da incorporação de obrigações que requerem prestações positivas, constituir-se o Estado de Direito social.

Portanto, enquanto que no Estado liberal vigora a regra segundo a qual - nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria -, no Estado social a regra determina que - nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria. Ocorre, com a teoria garantista, uma redefinição do conceito de democracia a qual recebe a denominação de

<sup>3</sup> Tradução livre: "Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre quem pode e como se deve decidir, e as regras sobre o que se deve e não se deve decidir. As regras do primeiro tipo fazem referência à forma de governo, as do segundo, à estrutura do poder. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático (ou, pelo contrário, monárquico, oligárquico ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito (ou, ao contrário, absoluto, totalitário ou mais ou menos de direito) do sistema jurídico".

democracia social ou substancial. Por outro lado, chama-se de democracia formal ou política o Estado político representativo, ou seja, aquele baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Há, portanto, uma prevalência dos princípios da democracia social, os quais definem a respeito do que não pode ser decidido e do que pode ser decidido, sobre os princípios da democracia política, os quais determinam quem decide. (ROSA, 2002. p. 25/26.)

Desta forma, Ferrajoli assevera que:

Un proyecto de democracia social forma por tanto un todo único com el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.<sup>4</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 866.)

Portanto, o Estado garantista tem por objetivo o aumento dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, através da maximização das liberdades e expectativas e da minimização dos poderes públicos. Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade a qual Ferrajoli denominou de “estrita legalidade” ou validade substancial, pois exige da lei que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais. Além disso, o Estado de Direito resta caracterizado pela funcionalização de todos os poderes estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, incorporados às Constituições sob a forma de proibições de lesar os direitos de liberdade e obrigações de satisfazer os direitos sociais. Desta forma, a perspectiva garantista de Estado de Direito assenta sobre um modelo de legitimidade substancial (ou material) no qual o mesmo sofre uma limitação garantista ao seu poder, qual seja o dever de respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados.

### 3.2.2 Garantismo como teoria crítica do Direito

Conforme a segunda acepção do termo, para o estudo de uma teoria geral do garantismo jurídico capaz de identificar um Estado que siga tal modelo, é preciso que se perceba claramente a importante distinção traçada entre vigência, validade e eficácia das normas. Tal diferenciação é imprescindível diante da fundamentação teórica garantista,

4 Tradução livre: “Um projeto de democracia social forma portanto um todo único com o de um Estado social de Direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, ou, se assim quiserem, na maximização das liberdades e das expectativas e na minimização dos poderes. Com uma fórmula sumária podemos representar a semelhante ordenamento como Estado liberal mínimo no lugar de Estado social máximo: Estado (e Direito) mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições das liberdades dos cidadãos e à correlacionada extensão dos limites impostos às suas atividades repressivas; Estado (e Direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e a correlacionada expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.”



a qual defende a legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, sua fidelidade às normas superiores também em conteúdo, e não só quanto à forma.

O garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, ainda, pela “existência” das normas, ou seja, evidencia uma divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes; e, ainda, estabelece uma diferença entre ser e dever ser no Direito, diferença esta centrada na discrepância entre os modelos normativos (tendencialmente garantista e, desse modo, válidos, mas ineficazes) e as práticas operativas vigentes (tendencialmente antigarantistas e, portanto, inválidas mas eficazes). Saliente-se que essa perspectiva crítica não é externa, ou política, ou metajurídica, mas interna, científica e jurídica, no sentido de que assume como universo do discurso jurídico todo o direito positivo vigente.

A valorização da forma, bem como a não diferenciação das definições de vigência e validade, devem-se ao positivismo jurídico, o qual teve como principal teórico Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito. Kelsen fez das normas jurídicas o seu objeto de estudo na busca pela construção de uma teoria puramente formal e pretendia abstrair da teoria do Direito todos os aspectos morais, sociológicos, religiosos, afeitos à justiça, preocupando-se unicamente com o que dispunham as leis e as demais normas jurídicas formuladas e positivadas pelo Estado e, portanto, sendo fiel ao seu objeto (ROSA, 2003. p. 42-44.)

Para assegurar seu distanciamento das questões valorativas, Kelsen faz a distinção entre o mundo do ser, relacionado às ciências naturais, e o mundo do dever ser, ao qual o Direito pertence. As normas jurídicas são aplicadas conforme sua hierarquia, cuja estrutura é simbolizada por uma pirâmide normativa, a qual tem em seu topo a Norma Fundamental, inspiradora da Constituição. O fundamento da teoria kelseniana está no conteúdo meramente formal da pirâmide normativa, sem que haja qualquer vinculação valorativa ou material entre seus componentes, apenas um ordenamento lógico.

Conforme a teoria pura do Direito, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, hierarquicamente superior. Ocorre que, não há como se recorrer a uma norma superior indefinidamente, sendo necessária a presunção de certa norma como sendo a última, que deve ser pressuposta porque não pode ser posta por uma autoridade, tendo em vista que esta necessitaria de outra norma ainda mais elevada que a legitimasse. Tal norma, cujo fundamento de validade não pode ser colocado em questão, é denominada de Norma Fundamental e se encontra no topo da pirâmide representativa do sistema jurídico, servindo de fonte e fundamento de validade comum de todas as demais normas pertencentes ao sistema. Ressalte-se que não há que se confundir a Constituição na forma como é conhecida, com sentido jurídico-positivo, com Norma Fundamental, a qual tem um sentido lógico-jurídico, uma vez que esta última não é

ela própria uma norma posta, mas pressuposta, ou seja, é o ponto de partida do processo de criação do Direito (KELSEN, 2003. p. 217).

Assim, uma norma jurídica não é válida porque possui determinado conteúdo, mas sim porque é criada de uma forma determinada, a qual foi fixada, em última análise, pela norma fundamental pressuposta. Trata-se da concepção de Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido por uma via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito (KELSEN, 2003, p. 221).

A teoria garantista, como uma teoria crítica do Direito, procura redefinir as categorias tradicionais das normas jurídicas, superando a concepção de Direito típica do positivismo de Kelsen. De fato, a partir da materialização de princípios na Constituição, restaram estabelecidas normas referentes à produção legal não reduzidas apenas a suas condições formais, mas principalmente ao seu conteúdo. Neste sentido, o garantismo, enquanto positivismo crítico, substancializa os conceitos de Direito e norma ao formular um novo elemento ao conceito de validade qual seja a conformidade com a racionalidade material do ordenamento. Conforme Ferrajoli:

A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição (FERRAJOLI, 1997, p. 100/101).

É essencial à compreensão do garantismo jurídico a distinção entre vigência da norma de direito, ou seja, sua adequação à forma prevista na ordem jurídica superior e a da sua validade, ou seja, sua adequação aos princípios e valores norteadores do sistema jurídico. É, portanto, perfeitamente possível a caracterização de um direito ilegítimo, resultante da norma formalmente posta, mas substancialmente discrepante dos valores e princípios fundantes do sistema jurídico. Na perspectiva garantista, trata-se de dois conceitos assimétricos e independentes entre si: a vigência guarda relação com a forma dos atos normativos, é uma questão de subsunção ou de correspondência das formas dos atos produtores de normas com as previstas pelas normas formais sobre sua validade; a validade ao referir-se ao significado é, ao contrário, uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção.

De fato, o paradigma do Estado constitucional de direito – ou seja, o modelo garantista – não é outra coisa senão esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta ambas as dimensões de todo fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial.

Portanto, como no Estado de Direito as Constituições não se limitam a ditar as condições formais, mas estabelecem também os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzidas, o garantismo evidencia-se como uma doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda de legitimação interna do direito, a qual requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes. Numa perspectiva garantista, a legitimação do Estado de Direito Constitucional poderá ser graduada a partir da distância entre as promessas normativas e a praxe efetiva do ordenamento, bem como da articulação das técnicas garantistas elaboradas para o encurtamento de tais distâncias. A verdadeira funcionalidade do Estado de Direito apóia-se nas garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico aos direitos fundamentais nele elencados, de tal modo que as citadas garantias constituam-se em normas de sobre-direito lançadas em defesa da eficácia da normatividade fundamental.

Neste sentido, Ferrajoli (1995, p. 874) entende ser “tarefa científica do jurista valorar a validade ou a invalidade das normas, conforme os parâmetros formais e substanciais estabelecidos pelas normas jurídicas de nível superior”. Assim, cabe ao jurista realizar a interpretação da lei conforme a Constituição, visando a defesa dos direitos fundamentais nela estabelecidos e, quando isso não for possível, ou seja, quando se tratar de contradição insanável, o juiz tem a obrigação legal de declarar a invalidade constitucional da norma hierarquicamente inferior. Ressalte-se, por fim, o caráter sempre questionador e de incerteza permanente que a teoria garantista mantém sobre a validade das leis e de suas aplicações, objetivando manter firme a indagação sobre a validade da lei posta, em sintonia com a possibilidade real de sua aplicabilidade, com eficácia.

### 3.2.3 Garantismo como filosofia política

Neste terceiro significado, o 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 último sentido, o garantismo pressupõe a separação entre 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. O ponto de vista externo (*ex parte populi*) exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos “fundadores” ou mesmo os interesses e as necessidades naturais – individuais e coletivas – cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das instituições jurídicas e políticas.

Ferrajoli afirma que a confusão e separação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou moral, equivale às duas vertentes existentes nas doutrinas políticas que fundamentam os sistemas políticos de todos os tempos, quais sejam as doutrinas “autopoiéticas” e as doutrinas “heteropoiéticas”<sup>5</sup>. Assim, o autor distingue as doutrinas de

5 Anote-se que a palavra “heteropoiético” tem o sentido de provir de lugares diversos, metajurídicos, o que corresponde a “alopoiético”. A alopoiese jurídica pode ser afirmada quando se constata uma influência direta dos demais subsistemas sociais no sistema jurídico.

ordem política que fundam os sistemas políticos em si mesmos, justificando o Estado e o direito como valores ou bens válidos por si próprios – as construções autopoieticas, das outras, em que Estado se restringe à mera condição de meio, denominadas como heteropoieticas. Ferrajoli explica os dois conceitos:

Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado és um fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas heteropoyéticas, por el contrario, el estado es um medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola<sup>6</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 881).

As doutrinas políticas autopoieticas justificam o Direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, no entanto, a colocação do Estado como um fim em si mesmo tende a colocar o Direito a serviço de sua conservação, conseqüentemente acaba havendo uma subordinação dos indivíduos e da sociedade como um todo à sua manutenção. As doutrinas políticas heteropoieticas, por sua vez, entendem que o Estado é apenas um meio que recebe legitimação enquanto tem por finalidade a preservação e promoção de direitos e garantias individuais e, como tal, utiliza-se das instituições jurídicas e políticas apenas por necessidade, para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.<sup>7</sup>

Heteropoieticas são, enfim, doutrinas de legitimação do Estado e do Direito de baixo para cima, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem (*ex parte populi*), sendo eles próprios o fim, dignos do respeito do Estado, este sim considerado como meio instituído para tutela social. São exemplos de doutrinas deste tipo o jusnaturalismo laico e o racionalismo iluminista, para os quais o Estado e o Direito foram criados pelo homem para proteção dos seus próprios interesses vitais. (FERRAJOLI, 1995, p. 881.)

Nas palavras de Cademartori:

O Estado de Direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes. (...) A aferição de legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativa a cada um dos seus atos singulares. Assim, a legitimidade política é sempre mensurável em graus, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes. (CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista, p. 164.)

Portanto, o Estado Constitucional de Direito, segundo os preceitos garantistas, deve servir às finalidades externas a ele, mantendo seu caráter instrumental e fugindo de

Na concepção de Marcelo Neves (2007, p. 33), "um sistema aberto e, pois, não autopoietico, é moldado e caracterizado pelas trocas contínuas que empreende com seu ambiente, com o que lhe é externo, com o propósito de garantir a plena cidadania daqueles que se encontram vinculados ao sistema e, também, com a finalidade de manutenção do sistema mesmo".

<sup>6</sup> Tradução livre: "Para as doutrinas autopoieticas, o Estado é um fim e assume valores ético-políticos de caráter supra-nacional e supra-individual, a cuja instrumentalização e reforço têm de instrumentalizar-se o Direito e os direitos. Para as doutrinas heteropoieticas, pelo contrário, o Estado é um meio legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e politicamente ilegítimo se não os garantir ou, mais ainda, se o mesmo os viola."

<sup>7</sup> CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista, p. 162/163.

teorias que se concebem como fontes de legitimação do ser do Direito, e que preterem o dever ser político, primordialmente defendido pelo garantismo. Assim, entende-se que, em sentido filosófico, o garantismo:

Consiste essencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho (...) Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y, del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales <sup>8</sup> (FERRAJOLI, 1995, p. 884).

Assim, para que a sociedade não seja surpreendida por um regime calcado em doutrina autopoietica, o Estado de Direito deve ser politicamente justificado por fins completamente externos a si mesmo, geralmente declarados de forma normativa nas constituições, porém, sempre satisfeitos de maneira irremediavelmente incompleta. Tal insuficiência deve-se à não realização total dos fins e valores justificantes e, conseqüentemente, provoca a irredutível imperfeição da legitimidade política do poder no Estado de Direito.

A irredutível ilegitimidade política de todos os poderes no Estado de Direito é uma aporia política do garantismo, a qual resulta da divergência estrutural entre ser e dever ser. Tal ilegitimidade pode ser considerada o caráter comum e fisiológico de todos os ordenamentos que seguem um modelo de legitimação heteropoiética. Assim, garantismo e democracia são sempre modelos normativos imperfeitos, de legitimidade política relativa e mensurável em graus, de acordo com a efetiva realização das funções externas que justificam os poderes. (FERRAJOLI, 1995, p. 887).

O garantismo jurídico apóia-se em algumas questões basilares, as quais operando em um sistema aberto de trocas entre o campo jurídico e a sociedade envolvente é capaz de construir um edifício de grande solidez teórica, também capaz, por sua vez, de influir decisivamente nas questões de ordem prática atinentes à eficácia da norma jurídica. Assim, atentando a teoria garantista para o ponto de vista externo ao sistema jurídico, advindo de visões culturais e axiológicas contidas na teia de relações sociais de uma comunidade concreta, constitui-se como um sistema aberto que repousa numa incessante e dinâmica troca entre o estrato jurídico e o estrato social. Implícita, pois, sua rejeição de um sistema autopoietico como o preconizado por Luhmann (1983), o qual estudando o direito e o Estado, verifica o fenômeno jurídico como um sistema fechado, de natureza auto-referencial isento de trocas com o ambiente. Esta visão, conhecida como a “autopoiese do direito” é caracterizada pelos ensinamentos do próprio autor, pela não existência de direito fora do direito. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior.

<sup>8</sup> Tradução livre: “Consiste essencialmente nesta fundamentação heteropoiética do Direito (...) Precisamente, consiste, por um lado, na negação de um valor intrínseco do Direito somente por estar vigente e do poder somente por ser efetivo e na prioridade axiológica referente a ambos do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; por outro lado, na concepção utilitarista e instrumentalista do Estado, dirigido unicamente à satisfação de expectativas ou direitos fundamentais”.

Nesse contexto, a perda de um ponto de vista ético-político externo tem como consequência a negação da legitimidade, dando margem a uma doutrina de ausência de limites aos poderes do Estado. Desta forma, a teoria do garantismo jurídico se apresenta ante tal realidade como um instrumento útil para conferir ao Estado de direito a capacidade de tornar eficazes seus princípios e normas fundantes, enquanto um sistema jurídico-político de alta legitimação, resultante da redução do poder do Estado e da eliminação do direito ilegítimo, através de uma dinâmica aberta axiologicamente ao ponto de vista externo – a satisfação dos direitos fundamentais como finalidade e justificação heteropoiética, seja do direito, seja do Estado.

### **3.3 Elementos da teoria geral do garantismo**

Esses três significados de “garantismo” têm, segundo Ferrajoli, um alcance teórico e filosófico geral, posto que delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo. Essas três formas de entendimento do garantismo proporcionam a visualização dos elementos caracterizadores de uma teoria geral do garantismo, que tem como principais pressupostos metodológicos: a separação entre Direito e moral, e entre ser e dever ser; o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico; o sistema político-jurídico aberto, heteropoiético, caracterizado por trocas constantes com seu ambiente e a permeabilidade ao ponto de vista externo e axiológico; a distinção entre democracia formal e democracia substancial; a possibilidade de deslegitimação da normatividade jurídica, pelo apontamento do direito inválido; além da interdependência entre direitos fundamentais individuais e sociais.

Desta forma, apesar de o garantismo jurídico ter sua origem vinculada ao Direito Penal, evoluiu para alcançar foros de Teoria do Direito. Luigi Ferrajoli desenvolveu quatro aspectos essenciais para a teoria garantista: a revisão da teoria da validade, que preconiza uma diferenciação entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas; o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, suplantando o caráter meramente procedimental desta; sob o ponto de vista do juiz, uma nova maneira de ver a sujeição à lei somente por ser lei - aspecto formal - pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas; e, por fim, observa a relevância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.

Estes elementos, sem dúvida, podem ser transpostos para os outros setores do ordenamento, sendo possível para estes, elaborar, com referencia a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos



garantistas de legalidade – de direito civil, constitucional, administrativo, infância e juventude – estruturalmente análogos àquele elaborado para o direito penal.

A teoria geral do garantismo, além de embasar uma crítica ao positivismo, lança também críticas às ideologias, sejam elas de caráter jusnaturalista ou ético-formalista, as quais confundem, no plano político externo, a justiça com o Direito, bem como as ideologias jurídicas, tanto as normativistas quanto as realistas, que embarçam, no plano jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade.

Isto porque se trata o garantismo de uma teoria que, ao mesmo tempo, é normativa e realista, baseada no funcionamento efetivo do ordenamento, que é exprimido em seu nível mais baixo, autorizando e revelando os lineamentos de validade e, sobretudo, de invalidade e demonstrada nos modelos normativos que se exprimem em seus níveis mais altos, revelando o grau de efetividade e de não efetividade. (FERRAJOLI, 2001, p. 84-85).

A teoria do garantismo jurídico tem como escopo assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e, para tanto, fornece instrumentos de limitação do poder estatal, os quais repudiam a arbitrariedade e o subjetivismo, pregando, ainda, a submissão e a adequação das normas infraconstitucionais à Constituição da República. Assim, segundo Alexandre Moraes da Rosa (2003, p. 47), pra evitar confusões, o garantismo propõe a (re) definição de termos tradicionais, sendo que são vigentes (ou de validade meramente formal) quando editadas em conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de vigência, aferido em face da norma superior, reservando ao termo validade o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, enquanto a eficácia, por sua vez, ficaria vinculada à observância.

Portanto, em razão da supremacia conferida aos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos, como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de se garantir esses direitos a todos os indivíduos, posto que uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de uma fachada ideológica, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

### **3.4. A transposição da teoria geral do garantismo jurídico para o Direito Constitucional da Infância e Juventude**

O processo de constitucionalização da normativa da criança e do adolescente operou substantivas transformações, a começar pela superação da categoria de “menoridade”, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei e a incorporação dos princípios constitucionais como norteadores



das ações dirigidas ao segmento, além de limites objetivos ao poder punitivo sobre adolescentes autores de ato infracional.

Foram então introduzidos os princípios de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente na Constituição de 1988 e a relevância constitucional acarretou a reformulação da legislação especial, materializada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse sistema de garantias tem como missão amparar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes contra quem possa violá-los, sendo que o processo de luta pela garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, no Brasil – apresenta avanços e retrocessos limitadores, que se transformam, ambos, em desafios para o desenvolvimento de estratégias novas que possibilitem a construção de cenários mais favoráveis no futuro, para a garantia, promoção e proteção dos direitos fundamentais da infância e adolescência. Nessa luta por efetividade em favor dos direitos do segmento em análise é necessário criar mecanismos estratégicos oriundos do texto constitucional para livrar esse público de um processo de marginalização e de não realização de direitos.

Sem dúvida, essa análise começa por uma avaliação dos processos de elaboração legislativa, os processos de controle social e institucional, os processos de aplicação em concreto dessas normas jurídicas e os processos de desenvolvimento de políticas públicas pelos órgãos públicos político-administrativos de atendimento direto de crianças e adolescentes. Esses indicadores devem estar em consonância e adequação com os paradigmas éticos e políticos do Direito Constitucional da Infância e Juventude.

Nessa dimensão, a finalidade precípua consiste em colocar-se a normativa de promoção e proteção do Direito Constitucional da Infância e Juventude no seu lugar devido – acima das simples normas-regras. A importância da Constituição e também do Direito da Infância e Juventude tanto no que se refere aos princípios – explícitos ou implícitos – como no que se refere às regras, formadores de uma sujeição desde o ponto de vista do juiz até o ponto de vista de um controle normativo material e não apenas formal. O modelo de direito preconizado pelo garantismo jurídico tem lastro no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, com sujeição formal e material da produção e aplicação do direito aos conteúdos constitucionais.

De acordo com a proposta garantista de definição teórica formal dos direitos fundamentais, são direitos fundamentais direitos subjetivos (constituintes de expectativa positiva ou negativa em face do Estado) de que são titulares todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa. Esta formulação, para Ferrajoli, serve de parâmetro/critério para se aferir o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico. O respeito e a implementação dos direitos fundamentais representam interesses e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, que justifica a aferição da democracia material.

O discurso proposto no conjunto deste trabalho que ora se finaliza quis destacar a necessidade de se funcionalizar os poderes públicos para a concretização das normas constitucionais, notadamente, àquelas definidoras de direitos fundamentais. A Teoria do Garantismo Jurídico, enquanto teoria geral, oferece instrumentos ao operador do direito para operacionalizar a realização da Constituição, e ver, desta maneira, um Estado de Direito desejado e almejado pelos defensores dos direitos humanos e de uma sociedade verdadeiramente democrática.

A Constituição garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Dessa forma, exemplificativamente, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis, que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo. Pelo contrário, a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ferrajoli aduz que o garantismo - entendido no sentido do Estado Constitucional de direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens, e distingue as garantias em duas grandes classes: as garantias primárias e as secundárias. As garantias primárias são os limites e vínculos normativos - ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais - impostos, na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder. As garantias secundárias são as diversas formas de reparação - a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos - subsequentes às violações das garantias primárias.

As normas de direitos fundamentais são os dispositivos máximos de proteção a direitos essenciais dos cidadãos e, por isso, possuem tanto relevo dentro de nosso ordenamento jurídico. Além disso, há que se considerar a trajetória percorrida por esses direitos até alcançarem a consagração no direito constitucional e internacional. Contudo, ainda hoje persiste o problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais. O garantismo de Ferrajoli (p. 14) diz respeito às garantias dos direitos fundamentais, entendidos estes como os direitos de liberdade e os direitos sociais, que “representam os alicerces da existência do estado e do Direito; que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia.” No primeiro caso, trata-se de garantias negativas, ou técnicas de limitação ao poder do Estado. No segundo caso, trata-se de garantias positivas, ou técnicas de implementação pelo Estado das condições necessárias para a realização dos direitos Sociais. Desta forma, segundo Cademartori (1999, p. 73):

Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista

quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.

Outra tese que está presente no garantismo quanto aos direitos fundamentais diz respeito às relações entre direitos e suas garantias, pois, não diversamente de outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações e deveres. Na doutrina, o tratamento da distinção entre direitos e garantias ainda não encontrou um ponto pacífico, havendo autores que utilizam estas categorias indistintamente, e outros que defendem a existência de direitos somente quando estes estejam acompanhados de suas garantias. A confusão entre estes dois termos defende Ferrajoli, desqualifica as duas maiores conquistas do constitucionalismo moderno que são a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, que ficam reduzidos, na falta de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. Isto, por si só, justificaria a distinção entre os direitos e as suas garantias (*Derechos y garantias*, p. 18).

O jurista italiano sustenta a distinção entre os direitos subjetivos que são as expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesão) atribuídos a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que deles constituem as garantias igualmente impostas por uma norma jurídica à relação entre direitos e garantias: os direitos fundamentais constituem-se em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestações ou proibição de lesão – garantias primárias. A reparação ou sancionamento judicial se constituem em garantias secundárias, decorrentes da violação das garantias primárias (ROSA, 2011, p. 10).

Nesse sentido, necessário se faz o reconhecimento dos direitos fundamentais e do seu relevante papel para a efetivação substancial da democracia, ao invés da meramente formal. São os direitos fundamentais, portanto, vínculos impostos normativamente, titularizados por todos, e razão de ser do ente estatal. Tais direitos se situam, como dito, na esfera do indecível: estão garantidos pela rigidez absoluta característica do Constitucionalismo pós-guerra o que os protege da restrição por eventuais maiorias. Dessa forma, os direitos fundamentais envolvem, por um lado, a imposição ao Estado de prestações positivas no campo social, e, de outro, constroem negativamente a atuação estatal, promovendo a liberdade dos indivíduos.

Desta forma, o garantismo jurídico ou Constitucionalismo garantista defende a valorização do conteúdo constitucional como constituinte da sociedade. Essa valorização é reconhecida através de um núcleo de direitos irredutíveis e fundamentais, estruturantes da sociedade e definidores das tarefas estatais, ou seja, delineadores dos limites materiais do Estado. Em suma, para a teoria garantista, a aplicação do direito deve ser precedida

da preliminar “oxigenação constitucional de viés garantista”, para a aferição da constitucionalidade material e formal. Essa é uma das tarefas do ator jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais (ROSA, 2011, p. 15-16).

A necessidade de concretização dos direitos fundamentais para uma efetiva democracia substancial impõe desafios ao direito, que certamente merecem ser enfrentados. Observa-se que a positivação dos princípios jurídicos e especialmente dos direitos sociais impõe vários desafios à jurisdição constitucional, referentes à efetividade desses direitos, bem como ao déficit de cobertura financeira estatal. É necessária a compatibilização do papel de guardião do texto constitucional do Poder Judiciário com a realidade de que lhe falta legitimidade para substituir por completo os outros poderes. Uma alternativa possível a esse impasse passa pela adequada fundamentação hermenêutica das decisões judiciais, bem como pela manutenção de uma atividade interpretativa coerente com o texto constitucional.

A teoria do garantismo jurídico revela ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento edificante da sociedade, deixando de ser um papel meramente normativo, mirando indicar o modelo de sociedade pretendido e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se distanciar. Atribuindo, ainda, máxima importância aos direitos individuais do homem constitucionalmente previstos e garantidos, como meio de limitar e controlar a intervenção da ação estatal na órbita dos direitos fundamentais. Rosa e Linhares (2009, p. 17) convocando Ferrajoli, Häberle e Canotilho, determinam que

A teoria do garantismo jurídico, entendida como modelo de Direito, fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, que devem ser respeitados, efetivados e garantidos, que se constituem num núcleo irreduzível/fundamental, sob pena de deslegitimação paulatina das Instituições.

Seguindo a orientação de Ferrajoli (p. 15), os direitos fundamentais se constituem em laços substanciais normativamente impostos, tidos como condição de existência de todos, razão de ser do Estado. Logo, os direitos fundamentais, indicam deveres positivos ao Estado no âmbito social e limitam negativamente a atividade estatal frente à liberdade dos indivíduos.

No que se refere às questões defendidas nesta pesquisa, cumpre deixar claro que a legislação brasileira não se reduz às medidas aplicáveis quando um menor de idade comete um delito, e sim corresponde a todas as espécies de políticas e programas dirigidos à infância e juventude. No tocante a execução de medidas socioeducativas, trata-se de uma medida jurídica que possui um conteúdo estratégico correspondente à educação e determina que a intervenção do Estado diante da prática de um ato infracional por um adolescente não se justifica pelo castigo nem somente retribuição. Mas, a partir da incapacidade do Estado em gerir o sistema socioeducativo com seu objetivo máximo de ressocialização, percebe-se claramente a sociedade questionando sobre a impunidade em relação a

adolescentes, quando o que existe é todo um regramento próprio o qual deveria proporcionar a recuperação e reinserção desse adolescente. Ressalte-se que, se todas as políticas de prevenção estivessem sendo cumpridas, não só pelo Estado, mas pela sociedade e pela família, na determinação constitucional da responsabilidade compartilhada, não estaríamos discutindo a crise de efetividade de todo um sistema jurídico.

Doravante, em vez de exigir a alteração de leis e da própria Constituição, o correto, sem dúvida, é partir para uma exigência racional de cumprimento das leis que já existem. Esse é um caminho mais promissor para a resolução ou diminuição de problemas do que ficar seguindo tendências reducionistas que a mídia e alguns representantes políticos projetam a determinados casos.

A pretensão de integração sistemática da teoria da pragmática pertinentes ao direito da criança e do adolescente certamente se constitui num dos objetivos primordiais a serem perseguidos pela teoria jurídica infanto-juvenil. Até porque uma das principais funções instrumentais oferecidas pela proposta da formatação daquela teoria jurídico-protetiva é precisamente oferecer procedimentos e medidas distintas por suas necessidades e especificidades no tratamento de novas emergências humanas e sociais, procurando-se, desta maneira, estabelecer outras estratégias e metodologias para proteção dos valores sociais democraticamente estabelecidos – como, por exemplo, direitos e garantias individuais fundamentais – pertinentes à infância e juventude (RAMIDOFF.<sup>2007</sup>).

Trata-se da situação aqui tratada, posto que se constata uma crise de efetividade do Direito Constitucional da Infância e Juventude, notadamente o ECA na sua parte infracional, sob a dimensão jurídico-normativa. Considere-se que a garantia da eficácia jurídica e da efetividade político-institucional de um determinado regramento decorre basicamente da sua capacidade real de provocar uma cadeia de reordenamentos normativos satisfatórios em nível local (estadual e municipal), com a edição de normas regulamentares específicas a partir das normas gerais; a capacidade real de deflagrar um processo irreversível de reordenamento institucional, em que a máquina pública, em todos os níveis, viesse a ser adequada aos novos princípios jurídicos por meio da implantação, fortalecimento e implementação de serviços, atividades, programas e projetos públicos direcionados à satisfação das necessidades básicas do público alvo através da promoção e defesa dos seus direitos correspondentes; além de executar concretamente uma flagrante melhoria do atendimento público direto a essas necessidades e direitos que resulte na qualificação da demanda e do serviço público. Para Luigi Ferrajoli, o maior desafio ao garantismo na atualidade é elaborar técnicas de decidibilidade no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

No campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Constituição reúne princípios e dispositivos com uma dupla dimensão: comprometimento com a efetividade de suas normas e desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. O

art. 227<sup>9</sup> da Constituição determina que os direitos de crianças e adolescentes devam ser assegurados com absoluta prioridade, obrigando não só ao Estado, mas também à família e à sociedade na sua garantia<sup>10</sup>.

Por sua vez, o art. 228 da Carta Magna trata da responsabilização diferenciada aos menores de 18 anos, ecoando a mesma regra do art. 27 do Código Penal vigente: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Como já assinalado, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988, que adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Esse sistema tem sua raiz na conformação dos direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/1988 como direitos humanos e, conseqüentemente, como manifestações da própria dignidade humana a qual representa o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Fala-se, portanto, de uma inegável constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente fundada em dois aspectos principais: o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes. Ambos os aspectos aparecem de forma evidente nas regras supramencionadas.

O Direito Constitucional da Infância e Juventude tem por objetivo reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção. Deve haver rigoroso respeito pelo império da lei, próprio das democracias constitucionais baseadas na perspectiva de direitos humanos hoje normativamente estabelecidos, bem como da existência de mecanismos e instituições idôneas e eficazes para a realização efetiva dos direitos consagrados.

<sup>9</sup> **Art. 227.** “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”.

<sup>10</sup> O § 3º do mesmo artigo define a proteção especial, detalhando cada um de seus aspectos:

O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.



Cabe ao garantismo jurídico 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, mas também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também diante de todos os poderes.

De acordo com Barroso (1993, p. 83)

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

A partir da constatação de uma crise no âmbito do Direito Constitucional da Infância e Juventude se faz premente utilizar uma teoria crítica que busque uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais a fim de minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação no mundo concreto.

A aprovação da admissibilidade da Proposta de Emenda Constitucional na Comissão de Constituição e Justiça para a redução da maioria penal desencadeia um processo de discussão parlamentar de algo que representa uma crise de legitimidade e racionalidade do ordenamento jurídico, sobretudo o Direito Constitucional da Infância e Juventude, posto que negligencia toda a estrutura normativa constitucional. De fato, a submissão de todo o poder do Estado ao Direito, expressa a partir do nível de juridicidade superior e vinculante conferido à Constituição através da consagração dos direitos fundamentais, encontra-se nitidamente comprometida. A crise da razão jurídica no Estado de Direito põe em risco inevitável os direitos fundamentais e suas garantias, sendo que um sistema jurídico só se traduz como garantista conforme suas práticas efetivas correspondam aos mandamentos constitucionais.

Nesse contexto, é a partir de um garantismo jurídico enquanto teoria crítica que põe em dúvida a suposta coerência entre normatividade e efetividade dos sistemas jurídicos que propomos sua transposição para o sistema constitucional da infância e juventude a fim de evidenciar um problema estrutural desse ramo jurídico representado pela incoerência entre o direito válido e o direito efetivo.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente, enquanto limites substanciais ao exercício de poder, representam a funcionalização dos poderes do Estado ao serviço das garantias dos mesmos a partir da inclusão na Constituição de proibições de se lesionar os direitos e liberdades e de obrigações de se dar satisfação aos direitos sociais. No entanto, o que se observa é uma crescente deslegitimação do conteúdo normativo referente ao segmento infanto-juvenil, consistente na desmaterialização de princípios constitucionais em gritante desconformidade com a racionalidade material do ordenamento.



A validade de um sistema jurídico-constitucional representa a coerência ou a compatibilidade das normas produzidas com os princípios e valores norteadores da ordem jurídica superior. Numa perspectiva garantista, uma norma sem efetividade não passa de construção teórica e além de sua proclamação, ainda que de conteúdo constitucional, um direito não garantido não seria um verdadeiro direito. Nesse sentido, a verdadeira funcionalidade do Estado de Direito está em promover as garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico aos direitos fundamentais da infância e juventude, sob pena de perda de legitimação. Além disso, tal legitimação poderá ser graduada conforme a distância entre as prescrições normativas e a praxe efetiva, sendo que como visto no decorrer desta pesquisa o ordenamento jurídico brasileiro se afasta cada vez mais do conteúdo substancial da Constituição revelando um alto grau de não efetividade do Direito Constitucional da Infância e Juventude a ponto deste ramo jurídico enfrentar uma crise de legitimação.

O garantismo jurídico se revela como uma doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito a partir da reflexão crítica sobre as leis vigentes. O garantismo jurídico permite a caracterização de um direito ilegítimo, resultante da norma formalmente posta, mas substancialmente discrepante dos valores e princípios fundantes do sistema jurídico. O Direito Constitucional da Infância e Juventude se revela como direito legítimo na medida em que condensa toda a orientação principiológica constitucional, todavia observa-se a crescente perda de legitimação em razão da crescente distância entre a prescrição normativa e a efetividade da normatividade fundamental. Essa constatação foi descrita no decorrer desta pesquisa e vem trazendo conseqüências que perpassam desde o descrédito na legislação vigente por parte dos inúmeros setores da sociedade até o desenvolvimento no âmbito legislativo de propostas inconstitucionais que suprimem direitos individuais do segmento juvenil.

Ante o exposto, os elementos teóricos garantistas de uma teoria crítica da validade e da efetividade devem ser lançados sobre o sistema constitucional da infância e juventude, na perspectiva de elucidar a crise estrutural que se anuncia para, assim, justificar que a solução deve ser encontrada dentro do próprio ordenamento jurídico e consiste no aperfeiçoamento das técnicas garantistas como meio de encurtar cada vez mais a distância entre o que já está posto do ponto de vista normativo e o que deve se tornar uma realidade. Tal perspectiva passa pelo entendimento e questionamento do nível de realização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e do caráter vinculado do Poder Público a esses direitos na medida em que não pode afetá-los e ainda deve atuar para promovê-los e fazê-los efetivos. O enfoque estratégico para começar a superar a presente crise é desenvolver tal postura crítica, normativa e realista a partir do garantismo jurídico, baseada no funcionamento efetivo do ordenamento, conforme foi aqui pretendido, posto que a partir da crítica ao funcionamento dos mecanismos responsáveis pela realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente chega-se a uma crítica ao funcionamento do sistema consti-

tucional como um todo, posto que responsável pelo desenvolvimento de garantias aptas à realização dos direitos fundamentais.

Por fim, por meio de uma construção puramente teórica, o objetivo é sem, dúvida, alicerçar um sistema jurídico que se encontra em processo contínuo de perda de legitimidade, sendo que fundamentado constitucionalmente e, desta forma, sua legitimidade é extraída do conteúdo constitucional. Assim, propor uma nova perspectiva para a questão da efetividade do Direito Constitucional da Infância e Juventude, enquanto ramo jurídico autônomo, específico, diferenciado, mas, acima de tudo, constitucional, torna-se não só necessária quanto urgente, posto que a frustração de se observar todo um sistema construído histórica, social e juridicamente, ser progressivamente desmaterializado é decepcionante.

Portanto, o caráter questionador e de incerteza permanente que a teoria garantista mantém sobre a validade das leis e de suas aplicações, objetivando manter firme a indagação sobre a validade da lei posta em sintonia com a possibilidade real de sua aplicabilidade torna-se imperiosa para o reconhecimento de uma democracia no sentido substancial. É fundamental, por exposto, que a ciência jurídica cumpra seu papel o qual não é apenas descritivo, mas também criativo e crítico em relação ao seu objeto; conforme as lições de Luigi Ferrajoli.



## CONCLUSÕES

**D**iante de todo o exposto e em face do desenvolvimento da temática que foi discutida ao longo do presente trabalho pode-se concluir que:

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e os documentos internacionais incorporados formam o sistema jurídico do Direito Constitucional da Infância e Juventude, sistema normativo destinado a definir e a tutelar os direitos e garantias da população infanto-juvenil.

A delimitação da natureza e da finalidade da medida socioeducativa, o conceito de ato infracional e a conseqüente diferenciação dos institutos penais do crime e da pena e as discussões sobre redução da maioridade penal pretenderam afastar fundamentalmente o discurso criminalizante que se alastra atualmente.

A baixa efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser creditada à falta de normas-regras, ou seja, de normas operacionalizadoras das normas-princípios. É necessário exercer uma visão crítica sobre a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer melhores perspectivas estratégicas a serviço dos direitos e garantias do segmento infanto-juvenil que lhes garantam efetividade.

Reforçar a concepção de que a norma para ser válida, além de vigente, não basta que tenha sido emanada de acordo com as formas predispostas para a sua produção, mas que também os seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Sem adequadas garantias, os direitos fundamentais se resumem em declarações retóricas ou vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. Os direitos fundamentais precisam ser resguardados de forma perene e merecem resguardo todos aqueles direitos que constam implícita ou explicitamente da Constituição, de nossas leis ou de tratados internacionais de direitos humanos, de modo que qualquer ato normativo em sentido contrário não pode ter validade.

O processo de efetividade normativa dos direitos aqui tratados revelam a necessidade de uma reflexão crítica diante de um determinado discurso que pretende reformar um sistema jurídico com a justificativa de ineficácia do mesmo a partir da acusação de uma ilegitimidade social, baseada na falsa ideia da inviabilidade do sistema. Esse discurso chega a defender a interação do regime jurídico da criança e do adolescente com o Direito Penal, quando é imperiosa a sua interação com a Constituição. É inegável que a noção jurídica de infância e adolescência se concretiza muito mais esfera normativa que na realidade, todavia justificar a inutilidade de um sistema jurídico que não se aplica em todos os seus fundamentos não é a solução correta, posto que o que se observa é a aplicação defeituosa a qual leva aos seus destinatários a ideia de que a legislação é inadequada social e eticamente, perdendo a normatividade paulatinamente efetividade político-institucional e jurídica.

Objetivou-se ressaltar que a complexidade das questões relativas aos direitos da criança e do adolescente exige um substancial e urgente aperfeiçoamento do sistema de garantias a partir do entendimento do caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais e o comprometimento com a sua efetividade.

Muito embora o tema da prática de atos infracionais por crianças e adolescentes venha ganhando cada vez mais espaço em discussões políticas e midiáticas, no que concerne ao real problema qual seja a efetividade de todo um ramo jurídico, faz-se necessário um aporte teórico capaz de analisar o sistema como um todo e evidenciar suas antinomias em vez de ocultá-las. A perspectiva garantista pressupõe a elaboração e a implementação de técnicas de garantias idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

O escopo do trabalho não foi apresentar uma teoria pronta e acabada, mas oferecer elementos para uma análise crítica sobre um tema de inegável relevância. Esboçam-se os limites e os desafios da implantação do respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, num determinado momento em que a sociedade passa a direcionar a razão dos problemas sistêmicos por ela enfrentados a determinado grupo, rotulando a delinquência e não visualizando as reais demandas que precisam ser consideradas.

Restou claro que nem o debate nem as respostas sobre redução da maioria penal poderão alcançar resultados consistentes se continuarem sucedendo, como vem ocorrendo, de maneira fragmentada e reducionista, como se já contássemos com maioria social, política, econômica e cultural. Não se observa uma discussão, nesse contexto, da necessidade de políticas públicas de prevenção primária para evitar o cometimento do ato infracional e políticas para evitar a reiteração. A solução não é simples, não é apenas um critério etário. As soluções precisam ser contextualizadas de forma racional. A redução da maioria penal deve ser combatida enquanto medida emergencial, inconstitucional, representativa de um retrocesso ao processo civilizatório de desenvolvimento quanto à defesa, garantia e promoção dos direitos da criança e do adolescente. O reconhecimento da responsabilização diferenciada emerge como condição necessária ao reconhecimento do sistema de garantias.

Desta forma, a transposição do garantismo jurídico para o Direito Constitucional da Infância e Juventude, enquanto teoria crítica, impõe a conformação desse ramo jurídico ao conjunto principiológico constitucional como condição para a aplicação do garantismo jurídico em torno dos direitos da infância e juventude, tendo em vista que o aparato normativo já está formatado, sendo que suplica por aplicação e execução adequada para se tornar efetivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1995.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado11.htm>>. Acesso em: 17 set. 2013.

ALBERTON, Maria Silveira. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros. In: **Revista Trimestral de Direito Público** - 1. São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 168-185.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de direito II**. São Paul: Record, 1991.

\_\_\_\_\_. **Introducción al estudio del derecho penal**. Trad.al castellano y estudio preliminar por Pablo B.Vega. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 75-94, jan./jun. 2011.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar: Por uma Política Pública de Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Infância, juventude e política social no Brasil. In: Brasil, criança, urgente - a lei 8.069/90. *O que é preciso saber sobre os novos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Comumbus Cultural, 1990.

CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. IN: PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coordenadores). **Inclusão social e direitos fundamentais**. São Paulo: Boreal Editora, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Direito e razão. **Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.

GÉLIS, Jacques. A individualização da criança. In: ARIÈS, P.; CHARTIER, Roger. (Orgs.). **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. São Paulo: RT, 2009.

GONÇALVES, H. S. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. In: ZAMORA, M. H. (Org.). **Para além das grades. Elementos para a transformação do sistema socioeducativo** (p. 35-62). Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2005.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: CALLEGARI, André Luís. *et. al.* **Direito penal e funcionalismo**. Tradução por Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JENKINS, H. Childhood Innocence and other modern myths. In: JENKINS, H. (Org.). **The Children's culture**. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHHEIMER, OTTO. **Justicia política**. Granada, 2001.



LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. rev. e ampl., de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Adolescente e ato infracional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

LIMA, João de Deus Alves; MINADEO, Roberto. Ressocialização de menores infratores: Considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=127](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=127). Acesso em: 12 jan 2015.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tempo Brasileiro. 1983.

PETERKE, Sven (Coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Colaboradores: André de Carvalho Ramos *et al.* Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

PEREIRA, Gabriela Xavier. A identidade entre os fins do Direito Penal e da pena. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.2, n.3, p. 279-303, jan./jun. 2011).

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. In *Direito da Criança e do Adolescente: por uma propedêutica jurídica protetiva transdisciplinar*. 2007. Tese de Doutorado –Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

REVEL, Jacques. Os usos da civilidade. In: CHARTIER, Roger. (Org.). **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

\_\_\_\_\_. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 15-22.

SADDY, André. **A Falsa Ilusão do Sentimento de Impunidade no ECA**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4007>>. Acesso em 10 jan 2015. SITE DA ONU: <<http://www.ohchr.org/>>

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris**, João Pessoa, n. 7, ano 7, p. 09-34, jan./dez. 2008.

TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Depalma, 2004.

TRINDADE, Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. PP. 630-635.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia. **Educação versus Punição**. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



# A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

A CF e o ECA, acolhendo demandas externas e internas, afirmaram direitos fundamentais para crianças e adolescentes, mas, na prática, são vários os desafios para efetivar esses direitos. Após a descrição dos direitos fundamentais do segmento infanto-juvenil e seus contornos históricos, legais e teóricos, propõe-se a utilização da teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, para trazer esses direitos à luz da reflexão teórico-jurídica; visto que, a partir da constatação de uma crise de efetividade, os elementos teóricos garantistas se propõem a buscar solução dentro do próprio ordenamento jurídico a partir das garantias constitucionais. Propõe-se a transposição da teoria do garantismo jurídico para o Direito Constitucional da Infância e Juventude, enquanto ramo jurídico específico e diferenciado, com o intuito de contribuir para redução da distância entre as preentes as prescrições normativas e a realidade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Mayara do Nascimento e Silva

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
91985661194  
[www.rfbeditora.com](http://www.rfbeditora.com)  
[adm@rfbeditora.com](mailto:adm@rfbeditora.com)  
Belém, Pará, Brasil

