



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

SÓSTENES JESUS DOS SANTOS MACÊDO

SISTEMA DE JUSTIÇA (PENAL) JUVENIL RESTAURATIVO:  
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO

Salvador

2016



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

SÓSTENES JESUS DOS SANTOS MACÊDO

SISTEMA DE JUSTIÇA (PENAL) JUVENIL RESTAURATIVO:  
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para  
a obtenção do Grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Doutora Selma Pereira de Santana  
Linha de Pesquisa: Justiça Restaurativa

Salvador

2016

SÓSTENES JESUS DOS SANTOS MACÊDO

SISTEMA DE JUSTIÇA (PENAL) JUVENIL RESTAURATIVO  
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do Grau de Mestre em Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Doutora Selma Pereira de Santana

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC)

---

Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

---

Prof. Doutor Riccardo Cappelletti

L'École de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain (UCL)

## CIP - Catalogação na Publicação

M141 Macêdo, Sóstenes Jesus dos Santos  
Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo  
Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro /Sóstenes Jesus dos  
Santos Macêdo -- Salvador, 2016.  
174 f.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana.  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia,  
Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em  
Direito, 2016.

1. Sistema de Justiça Juvenil. 2. Direito Penal Juvenil. 3.  
Justiça Restaurativa com novo Paradigma de Justiça Penal. 4.  
(In)compatibilidade dos princípios estruturantes do modelo de  
reação ao crime com a Justiça Restaurativa. 5. Justiça Juvenil  
Restaurativa Brasileira. I. Santana, Selma Pereira de, orient.  
II. Título.

CDD - 345

Ao leitor, com o perdão do aborrecimento.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva da vida, e aos guias e toda a espiritualidade pela ajuda na compreensão de minha existência.

Minha mãe, Marilza, meu pai, José, sem os quais não estaria aqui. Com todo o apoio moral e material, que alicerçou minha vida, positivamente. João Pedro, meu irmão, pela alegria de tê-lo em minha vida com a doçura da infância.

À minha família, tios, tias, avós, primos, primas, pelas risadas conjuntas, pelas resiliência em comum, frente aos desafios do destino.

Aos amigos, todos, por me suportarem sempre nos momentos de desvario, loucura, e na paciência durante meu processo de escrita.

Agradeço à Maria Helena e Nal, pela cumplicidade.

Ao Professor Riccardo Cappi, exemplo de pesquisador e docente, que aceitou o convite para compartilhar seu conhecimento na construção desse trabalho.

Ao Professor Saulo Casali, pela paciência e ajuda, pelas críticas sem as quais não teria aperfeiçoado minha pesquisa.

Agradeço à Professora Selma Santana, pela profunda sensibilidade e competência como profissional, além de grande iluminação como ser humano, durante essa caminhada, compartilhando as fortes emoções na construção dessa dissertação.

Muito obrigado a todos!

## RESUMO

O trabalho que ora se apresenta busca compreender o processo de construção do nosso sistema de justiça juvenil. Observaremos como as transformações na legislação juvenil brasileira impactam, na maneira do Estado encarar, especialmente, a delinquência juvenil. O descompasso entre o texto normativo e as possíveis lacunas no Estatuto da Criança e do Adolescente é alvo de críticas e promove a busca por uma nova construção doutrinária. Para tanto, englobamos a tentativa de sistematização de uma dogmática penal juvenil que aproxima elementos do sistema penal dos adultos: o estabelecimento do Direito Penal Juvenil. Esse contexto visa criar uma segurança e mais proteção para o modelo de justiça juvenil. Todavia, diante das modificações críticas que são abordadas pela Justiça Restaurativa, entendida como uma nova maneira de fazer e pensar a justiça, e em face do risco de se transpor a Racionalidade Penal Moderna para a justiça juvenil, colocamos esse novo paradigma e seu diálogo com o sistema juvenil brasileiro, especialmente na sua viabilidade prática. Desse modo, por meio da abordagem maximalista da justiça restaurativa, buscaremos apontar que a racionalidade restaurativa está presente na legislação juvenil, ao invés de uma lógica penal, e que, portanto, podemos afirmar que no plano normativo possuímos um Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** justiça restaurativa, justiça juvenil, Direito Penal Juvenil, reparação, ECA, SINASE.

## RÉSUMÉ

Ce travail présenté ici cherche à comprendre le processus de construction de notre système de justice des mineurs. Regardez comment les changements dans l'impact de la législation sur la jeunesse brésilienne et sur le visage de façon de l'État, en particulier la délinquance juvénile. L'écart entre le texte normatif et les éventuelles lacunes dans l'enfant et de l'adolescent est critiquée et favorise la recherche d'une nouvelle construction doctrinale. Par conséquent, nous avons inclus la tentative de systématiser une dogmatique pénale des mineurs approchant les éléments du système pénal pour adultes: la mise en place de la loi pénale pour les adolescents. Ce cadre vise à créer une sécurité et une meilleure protection pour le modèle de justice des mineurs. Toutefois, étant donné les changements critiques qui lui sont adressées par la justice réparatrice, compris comme une nouvelle façon de faire et de penser la justice, et face au risque de la transposition de la rationalité pénale moderne pour la justice des mineurs, mettre ce nouveau paradigme et son dialogue avec système de justice des jeunesse brésilienne, en particulier dans sa faisabilité pratique. Ainsi, grâce à l'approche maximaliste de la justice restauratrice, nous soulignons que la rationalité restauratrice est présent dans le droit des mineurs, plutôt que d'une logique pénale, et donc on peut dire que sur le plan législatif, nous avons un système de justice juvenile restauratrice.

MOTS-CLÉS: justice restauratrice, justice des mineurs, le droit pénal des mineurs, réparation, ECA, SINASE.

**LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Os paradigmas de justiça	90
Tabela 2 - As orientações da Justiça Restaurativa	106
Tabela 3 - Localização da Justiça Restaurativa	123
Tabela 4 - Os locais de aplicação da Justiça Restaurativa	125

**LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 - Os pequenos na prisão	12
Gráfico 2 - Sistema de Garantia de Direitos	29
Gráfico 3 - Adolescentes e Jovens em Restrição e Privação de liberdade	130
Gráfico 4 - Atos Infracionais – Total Brasil	131
Gráfico 5 - Proporção de Adolescentes em Cumprimento de MSE em meio fechado e meio aberto	132
Gráfico 6 - Norma do Direito Penal	156
Gráfico 7 - Norma do Direito Juvenil	156
Gráfico 8 - Práticas Restaurativas 1	159
Gráfico 9 - Práticas Restaurativas 2	162

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	1
<b>1.SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRO</b>	5
1.1 Etapa Penal Indiferenciada	6
1.2 Etapa Tutelar	8
1.3 Estatuto da Criança e do Adolescente: Etapa Garantista	16
1.4 Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo (SINASE)	25
<b>2.DIREITO PENAL JUVENIL</b>	34
2.1 Por que Direito Penal Juvenil?	35
2.2 A Prática que justifica uma nova teoria	46
2.3 Responsabilidade Penal dos Adolescentes	52
<b>3.JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA PENAL?</b>	64
3.1 Sistema de Justiça Penal: breves comentários	65
3.2 Racionalidade Penal Moderna	73
3.3 Justiça Restaurativa: um novo paradigma?	82
<b>4. (IN)COMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO MODELO DE REAÇÃO AO CRIME COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA</b>	93
4.1 Garantias, Justiça Restaurativa e Processo Penal	93
4.2 Vertentes de Justiça Restaurativa: Minimalismo ou Maximalismo?	105
4.3 O lugar da Prática Restaurativa	119
<b>5. JUSTIÇA JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA BRASILEIRA</b>	127
5.1 Construção Metodológica	128
5.2 A Justiça Restaurativa e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo	129
5.3 Práticas Restaurativas e Medidas Socieducativas: uma correlação possível	139
5.4 Justiça para o Século 21: breves comentários.	145
5.5 Sistema de Justiça (Penal) Juvenil Restaurativo?	153
<b>CONCLUSÃO</b>	165
<b>REFERENCIAS</b>	169

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender o processo de construção do sistema de justiça juvenil brasileiro. De imediato, observaremos as modificações no âmbito legislativo trazidas pela Lei 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, no plano teórico-político, inaugura uma nova fase de encarar os conflitos envolvendo crianças e adolescentes. Inclui-se, também, como objeto de nossa investigação, o impacto da criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela lei 12 594/2012, que visa estruturar a construção do sistema de justiça juvenil, propiciando diretrizes e normatizações, no campo da aplicação das medidas socioeducativas no Brasil.

A resposta estatal frente a ações ilícitas praticadas por menores passou por etapas e modificações, desde o momento em que se aplicavam as mesmas penas dos adultos, com critérios de diferenciação subjetivas, até o momento de diferenciação no tratamento penal, agora, numa fase distinta, porém, não menos crítica. Importa dizer, no momento em que surgem críticas ao sistema penal, a resposta punitiva é questionada e tal reflexão também perpassa o sistema de justiça juvenil.

Nossa reflexão, de partida, está em compreender se a legislação da justiça juvenil brasileira é estruturada em uma lógica punitiva ou restaurativa. Isso resulta em nos perguntarmos se, a partir do ECA e do SINASE, poderíamos observar a construção de um sistema de justiça restaurativo, em detrimento de uma abordagem penal do direito juvenil?

Algumas hipóteses são levantadas no sentido de que o Direito Penal Juvenil estabelece uma estreita aproximação da lógica penal (retributiva) para o Direito da Criança e do Adolescente, o quê poderá causar uma colonização do sistema de justiça juvenil pelo sistema penal. De outro modo, a Justiça Restaurativa pode se tornar um paradigma de transformação que pode revelar que o atual modelo de justiça juvenil brasileiro seria, na sua origem, restaurativo.

Para tanto é necessário discutir o processo de construção desse sistema de justiça juvenil, no sentido amplo, que abarca o modelo de execução das medidas socioeducativas, bem como o sistema de garantias e direitos da infância e

juventude, de modo a verificar qual o modelo de resposta do Estado Brasileiro, nas relações de conflitualidade envolvendo as crianças e os adolescentes.

Nessa toada, dividiremos nossa pesquisa da seguinte forma: primeiramente, explanaremos como a lei brasileira estrutura o sistema de justiça juvenil, seja no âmbito do direito material, e do modelo de execução de medidas socioeducativas. Para entender o processo de surgimento de um sistema de justiça distinto da justiça penal dos adultos no Brasil, tomaremos como marco temporal as transformações ocorridas ao longo do século XX até os dias hodiernos. Além disso, falaremos sobre os princípios que norteiam a política de Estado em relação às crianças e adolescentes. Não faremos um aprofundado recorte histórico, focaremos as mudanças atuais e o processo de construção da resposta estatal frente às infrações penais cometidas por adolescentes.

No segundo momento, diante de “novas idéias”, sobre o manto do garantismo penal e segurança jurídica, trataremos do Direito Penal Juvenil. Nosso objetivo é analisar os pontos em que se busca dar manto da segurança jurídica, por meio da lógica penal, dentro das supostas lacunas existentes na justiça juvenil. Aqui, estaremos diante de um debate, trazidos por doutrinadores, como Karina Sposatto, Maria Carmen Rivero, João Batista Costa Saraiva, que defendem a aplicação de diversos institutos do direito penal dos adultos, dentro do sistema de justiça juvenil, declarando-o como um sistema integrante do Direito Penal. Inicialmente, teceremos apenas notas descritivas deste movimento; somente na última fase, colocaremos alguns posicionamentos críticos, estabelecendo uma tensão sobre qual direcionamento o sistema de justiça juvenil apresenta.

No terceiro momento, a par dos novos movimentos críticos do sistema penal, destacaremos a Justiça Restaurativa e suas implicações teóricas para o sistema de justiça penal no âmbito da Racionalidade Penal Moderna. A construção do sistema de pensamento do Direito Penal será abordada, posto que ela se torna a referência central para o modelo de punição, estabelecendo barreiras na construção de novas respostas aos delitos.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se coloca como um novo paradigma de reação ao delito. As dificuldades de implementação de suas bases teóricas e de

suas práticas no sistema penal serão aqui discutidas. A inevitável tensão entre os princípios penais e processuais penais torna-se aparente, já que, conforme iremos abordar, as práticas restaurativas são construídas por outros elementos e flexibilizam a aplicação de alguns destes princípios (culpabilidade, proporcionalidade e obrigatoriedade).

A par disso, no quarto momento, explanaremos as vertentes teóricas maximalistas e minimalistas da justiça restaurativa, importantes, para apontar o(s) grau(s) de transformação(ões) frente ao sistema de justiça penal.

No quinto momento, estabeleceremos pontos de tensão entre a construção de uma dogmática dentro do sistema de justiça juvenil, sob o manto das garantias penais e, de outro lado, as inovações trazidas pelo sistema de justiça restaurativo que afasta a concepção punitiva. Ou seja, qual caminho o sistema de justiça juvenil brasileiro pode trilhar sem perder sua essência e finalidade de socioeducação? Seria possível a existência de um modelo de justiça juvenil considerado restaurativo, ainda que algumas medidas impliquem na restrição/privação de liberdade do adolescente?

Isso será necessário para compreender como as implicações teóricas-práticas deste movimento restaurativo causou/causará no sistema de justiça juvenil, de modo a pincelar alguns aspectos centrais deste novo modelo de justiça e suas influências no âmbito da resolução de conflitos envolvendo crianças e adolescentes. Destaca-se ainda, a correlação necessária com o nosso recente Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e a Justiça Restaurativa.

Quando colocamos o nosso título “Sistema de Justiça (Penal) Juvenil Restaurativo” foi intencionalmente para buscar uma reflexão se o Sistema de Justiça Juvenil seria colocado como parte integrante do sistema penal ou, diante das modificações trazidas pela Justiça Restaurativa e pelas alterações legislativas, estaríamos diante de um Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo.

De síntese, este trabalho adota uma perspectiva metodológica descritivo-analítica, reunindo elementos históricos, legais, político-criminais, e revisão bibliográfica sobre o tema, com fontes doutrinárias nacionais e estrangeiras. Como base empírica, realizaremos análise da legislação brasileira na seara do Direito Juvenil e as perspectivas de aplicação de práticas restaurativas nesse âmbito.

Justifica-se, dessa maneira, a premente e urgente necessidade de análise do nosso modelo de justiça juvenil para que o mesmo não submerja de uma perspectiva essencialmente punitiva, mas, busque demonstrar ser um novo modelo de resolução dos conflitos que possa, inclusive, influenciar positivamente o sistema penal dos adultos.

## 1. SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRO

O presente trabalho estará focando algumas observações sobre o tratamento dado pelo Estado Brasileiro, ao longo do século XX, e toca os dias atuais, para a responsabilização de crianças e adolescentes em conflitos<sup>1</sup>. Para tanto, se faz necessário elencarmos alguns momentos, em nossa história, que culminam com a estruturação de um sistema de justiça especializado.

Os movimentos históricos em relação à responsabilização penal dos adolescentes variam em nosso ordenamento, passando por etapas. No século XIX, a legislação penal possuía medidas distintas em razão daqueles que não obtiveram a maioridade e que cometiam atos tidos como criminosos. O tratamento do menor estaria estabelecido em razão das diversas “idades da infância”<sup>2</sup>, mas a resposta aplicada (pena) era a mesma dos adultos. Nesse momento a resposta punitiva estatal era única para quaisquer infratores (maiores ou menores).

A partir da virada para o século XX, a influência da escola positivista gera um novo momento na seara do Direito Juvenil, a etapa tutelar. Aqui, é devido ao menor infrator um tratamento, correção, para o que mesmo seja “curado” do seu desvio.

Para não nos delongarmos, objetiva-se apontar distintos momentos históricos e legais que importam um olhar sobre a resposta estatal para com os adolescentes infratores, podendo esta resposta variar, desde um momento essencialmente punitivo, até um período tutelar e protetivo. Essas noções são basilares para compreendermos a construção atual do modelo de justiça juvenil brasileira, e também compreender como ela foi sendo modificada ao longo do século XX. A percepção do adolescente infrator, desde o inimigo, ao sujeito recuperável, acompanha também as transformações ocorridas no sistema penal dos adultos.

---

<sup>1</sup> Tomamos por cautela a utilização desmedida das palavras crimes, delito, ou ato infracional. Cada uma dessas expressões possui um significado jurídico e técnico distinto, mas essencialmente se referem a uma ação contrária a norma, de modo que, optamos por utilizar a expressão conflito, em sentido amplo.

<sup>2</sup> ARIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**, Rio de Janeiro, Zahar, 2.a d., 1981.

## 1.1 ETAPA PENAL INDIFERENCIADA

Antes de qualquer distinção específica no âmbito de aplicação das penas, o tratamento dispensado ao adolescente se estruturava na “busca pelo discernimento<sup>3</sup>”. Brevemente aqui, a maneira de responsabilização dos menores de idade não possuía distinção clara com a dos adultos. Essa etapa é demarcada no Brasil antes do nosso Código de Menores de 1927.

O marco da legislação, antes do código de Menores de 1927, era a atribuição de responsabilidade penal ao menor em razão da teoria da ação com discernimento. Dever-se-ia ter uma busca da consciência do menor na prática daquele delito. No Código Imperial de 1830, essa busca pelo discernimento estava adstrita aos menores de 14 anos, considerados irresponsáveis criminalmente, mas, quando se comprovasse sua capacidade de distinguir “o bom do mau”, ser-lhe-ia aplicada pena pelo juiz, desde que esta não ultrapassasse o seu 17º aniversário.<sup>4</sup> Já o Código Penal Republicano de 1890 trouxe como novidade a declaração de irresponsabilidade penal de pleno direito para os menores de 9 anos de idade, para a faixa dos 9 a 14 anos, prevalecia a mesma lógica anterior, busca pelo discernimento.

Nesse contexto, o critério de responsabilização penal dos menores era dirigido a sua capacidade de “madureza do juízo”<sup>5</sup>. O Legislador estabelece uma faixa etária em que os menores de 17 e maiores de 14 anos serão punidos<sup>6</sup> utilizando-se, apenas, de algumas atenuantes em relação à pena aplicada aos adultos. Justificava-se pelo discernimento presumido o qual teria o menor de idade, nesse caso, estamos diante de um critério biopsicológico para imputação aos menores de idade. Para tanto, com base no pensamento de Silva Sanchez, muito bem sintetizado na obra de Karina

---

<sup>3</sup> Segundo Sposato, diz-se “Penal Indiferenciada a Etapa na qual as questões relativas a crianças e adolescentes envolvidos em crimes, em toda a América Latina, foram tratadas com base nos Códigos Penais retribucionistas do século XIX, e cuja única diferenciação se limitava à redução de penas, permitindo todavia sua execução em estabelecimentos destinados aos adultos”.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. 2011. 227f. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Maria Auxiliadora Minahim [Orientadora]. nota 47, p. 21.

<sup>4</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história da Legislação do Menor. **Rev. de Psicologia**, Fortaleza, 4,81 - 103, jul/dez. 1986. p.83

<sup>5</sup> SPOSATO, Karyna Batista, Op.cit. p.20.

<sup>6</sup> BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

Sposato, percebemos como esse modelo de punir baseado no discernimento se lastreia:

Silva Sanchez explica ainda que o modelo do discernimento parte de uma concepção retributiva da pena e se funda na ideia de culpabilidade como juízo de reprovação - como pressuposto essencial da pena, através de um conceito bilateral de culpabilidade: se não há culpabilidade, não se pode impor a pena, mas, sempre que haja culpabilidade, deverá a pena ser imposta. A culpabilidade, por sua vez, traduz-se em um juízo de reprovação e possui dois elementos: a capacidade de conhecer o conteúdo do injusto, da antijuridicidade da própria conduta; e a capacidade de adequar a própria conduta a este conhecimento. O juízo individual de discernimento teria justamente como objeto medir tais capacidades.<sup>7</sup>

Assim, o traço distintivo desse momento no país, em esteira com o que acontece no mundo é a aplicação das mesmas penas dos adultos, apenas com o benefício de atenuantes, e o cumprimento desta era em estabelecimentos penais idênticos aos dos adultos.

O estudo de Marcelo Gantus Jasmin sintetiza bem o momento histórico vivido nesse período, até meados da década de 20 do século passado. Apesar desses critérios legais para a aplicação da pena, merece nota o destino desses menores. No Código Imperial, fala-se o termo “casa de correção”, enquanto no período inicial da República tem-se a noção moderna do trabalho como mecanismo de glorificação do homem, logo, tais estabelecimentos eram chamados de “estabelecimento disciplinar industrial”.

Mesmo assim, a tentativa de separação de tratamento dos menores restava frustrada pela insuficiência de instituições especializadas, o que implicava no encarceramento do menor em prisões comuns. Nota-se que a criação da Escola Correccional de Quinze de Novembro feita pelo Decreto 4.780/1903 teve, por finalidade, propiciar tratamento especial aos menores em estado de abandono. A “Colônia dos Dois Rios”, por outro lado, permitia a presença de diversos indivíduos em situação de vulnerabilidade como mendigos, ébrios habituais, ladrões e lenocidas, menores viciosos, todos estes que estivessem e fossem julgados no Distrito Federal. Percebe-se que o alcance de tais instituições era, apenas, restrito ao local da Capital Federal e que, para todos os efeitos, inferimos ser o menor condenado tratado à mesma maneira do adulto preso, logo “esta promiscuidade não

---

<sup>7</sup> Sposato, Karina. **Direito Penal dos Adolescentes**. Op. cit. p.52-53

nos permite fazer uma separação efetiva no que se refere aos resultados do tratamento legal a estes dois mundos já teoricamente distintos.”<sup>8</sup>

A superação de tal etapa ocorre quando possuímos um movimento global na virada do século XX em que surgem jurisdições e legislações especializadas. O primeiro passo para uma mudança de pensamento sobre os menores de idade reside na construção de um sistema de justiça separado da dos adultos. Isso leva a uma especialização não apenas do direito, como a separação entre infância e adolescência.<sup>9</sup>

São algumas transformações científicas que categorizam fases de desenvolvimento da personalidade do ser humano, desde a infância até a fase adulta. Novas concepções trazidas pela psicologia, com influencia da Escola Criminológica Positivista, dão impulso ao processo de diferenciação no tratamento dos adultos e dos adolescentes.

## 1.2 ETAPA TUTELAR

Com o estabelecimento do Código de Menores de 1927, o Brasil inaugura seu momento de acolhida da Etapa Tutelar. A alcunha “de menor” ainda utilizada no jargão vulgar advém das marcas desse período. Tal termo é base da linha menorista que fundou bases para a especialização da justiça juvenil em nosso país.

No início do século XX há uma tendência de cristalização na legislação de diversos países diferenciando o tratamento dado pelo Estado aos menores infratores. Em verdade, começa-se a construção de critérios etários de imputação da responsabilidade penal, diferenciando o alcance da lei penal dos adultos para com aqueles considerados menores, abaixo dos 18 anos.

---

<sup>8</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. **Para uma história da Legislação do Menor**. Op.cit. p.85.

<sup>9</sup> Aqui temos por referência o que o criminólogo Álvaro Pires disserta em seu texto: Responsabilizar ou punir? Segundo o autor, não havia uma distinção entre a fase adulta e infância, daí porque os adolescentes eram considerados como adultos em miniatura. Isso implicava numa leitura penal de resposta quando conflitos envolviam adolescentes. Tal distinção ocorre de modo a criar-se Justiças Especializadas, notadamente quando temos avanços em estudos psicológicos que demarcam essa etapa de desenvolvimento do indivíduo para a fase adulta. PIREZ, Álvaro. **Responsabilizar ou punir?** A justiça juvenil em perigo. In Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.621-641.

A etapa tutelar é caracterizada como uma conquista da Escola Positivista. Isso ocorre em consonância com o desenvolvimento das idéias correccionalistas: é preciso castigar de forma racional tendo, como parâmetros, as categorias positivistas de sadio/enfermo, normal/anormal. Nesse caso, como bem pontua o apanhado trazido por Sposato:

a intervenção não se restringia aos casos de um menor que houvesse praticado um fato penalmente típico, mas também aos casos de condutas consideradas irregulares. Como se nota, ocorre uma suposta minimização formal dos mecanismos de controle, uma vez que localizados fora do campo do Direito Penal: as regras deixam de integrar os Códigos Penais para fazer parte de uma legislação específica, obtendo, contudo, maior repressão material<sup>10</sup>

Em nosso país, diversos projetos de lei, até a década de 1920, buscam chamar a atenção para a "necessidade de particularização do tratamento oficial do menor, tendo em vista sua condição infantil e as novas perspectivas do direito preventivo"<sup>11</sup>. O pensamento, nesse período, guiava-se para a prevenção de uma possível carreira criminal, onde o menor "delinqüente por acaso" deveria se resgatado do mundo promiscuo dos adultos, daí, a necessidade de um tratamento especializado, "resgatador".

José Cândido de Mello Matos, considerado o primeiro juiz de menores do Brasil se torna a figura mais conhecida à época por sua militância para que houvesse uma política estatal de assistência do menor. Considerado o "apóstolo da causa do menor"<sup>12</sup>, o Código de Menores de 1927<sup>13</sup> fora redigido e inspirado em sua grande parte por ele<sup>14</sup>.

Dá-se o processo de especialização da Justiça de Menores, porém, o alcance de suas competências são para além do campo punitivo. Com um viés assistencialista, o Juizado de Menores atua também fora do campo propriamente penal, alcançando

<sup>10</sup> Sposato, Karina. **Direito Penal dos Adolescentes**. Op. cit. p 54.

<sup>11</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. **Para uma história da Legislação do Menor**. Op.cit.p.85

<sup>12</sup> Tal visão corrobora com a visão positivista do juiz enquanto médico penal, responsável pela cura. DORADO MONTERO, P. **Bases para um Nuevo Derecho Penal**. Nueva edición com prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 56.

<sup>13</sup> Um dado curioso, porém não menos importante. A dada comemorativa de 12 de outubro, Dia das Crianças, foi instituída quando da publicação do Código de Menores de 12 de outubro de 1927, Decreto 17.943-A.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Silvana Miceli. "Da caridade à justiça: uma análise da Justiça de Menores", in Os conflitos sociais da menoridade: um estudo da produção jurídica do menor, **Programa de Políticas Públicas do Centro de Ciências Sociais** - PUC/RJ, 1984.

menores abandonados (mesmo que não fossem delinqüentes), com competências em matéria civil, administrativa, regulamentação de trabalho do menor, intervenções na vida familiar do menor, inclusive, no caso mais extremo com a suspensão do pátrio-poder.

A primeira marca que permanece, até os dias hodiernos, reside no estabelecimento do critério etário para definir a inimputabilidade da criança e do adolescente. Nessa fase, estabeleceu-se a idade de 18 anos como o marco limite para a competência da justiça juvenil<sup>15</sup>. A partir dessa idade era dado o tratamento da responsabilidade penal dos adultos, como ocorre atualmente. Aqui temos uma ruptura com o antigo modelo de “busca pelo discernimento” para a aplicação de quaisquer penas, adota-se o critério etário, e a total irresponsabilidade penal era instituída para os menores de 14 anos.

Tal critério etário para distinção da imputabilidade penal foi confirmado, anos depois, com o Código Penal de 1940. Ainda na reforma da Parte Geral, o legislador o reafirma como uma opção de política criminal que privilegia o caráter de pessoa em desenvolvimento atribuído ao adolescente, que merece atenção especial e distinta<sup>16</sup>.

Todavia, aqui, a visão tutelar encara o jovem como um ser vulnerável. Não havia uma justificativa clara de distinção para os jovens delinquentes e vadios, de modo a equalizar a intervenção estatal a indivíduos que se encontrem em tal categoria. O que reside afirmar na criminalização da condição de pobreza ou vulnerabilidade sob manto do estado provedor e garantidor da ordem e do bem estar do menor.

O texto normativo do nosso primeiro Código de Menores categorizava os menores sujeitos da lei em dois grupos: abandonados e delinqüentes. Seu marco estava embasado no discurso de um tratamento civilizatório ao menor, afastando-se da

---

<sup>15</sup> Brasil, Decreto Federal 17.943, de 12 de outubro de 1927, artigo primeiro. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>16</sup> A reforma penal de 1984, inspirada na doutrina de Francisco de Assis Toledo, através da Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984, deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, mantendo o critério puramente objetivo, consoante a maioria das democracias ocidentais, reafirmando a imputabilidade penal aos 18 anos de idade, em seu artigo 27 – Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. SPOSATO. Op.cit.p.39.

estreiteza meramente penal, ou seja, encarava-se o menor como um sujeito distinto do adulto, e, portanto, merecedor de uma tutela distinta do estado<sup>17</sup>.

Havia também a distinção entre as “idades da vida”, compreendidas em quatro períodos: idade de leite, do período de nascimento até os dois anos; a segunda idade dos dois anos aos sete; a terceira, dos sete aos quatorze anos e por fim, dos 14 aos 18 anos. Esses marcos temporais determinavam atuações distintas da autoridade judiciária para a proteção da vida e saúde dos mesmos, com um critério de assistência dos mesmos.

O artigo 26 do referido Código<sup>18</sup> enumerava as situações de abandono do menor, categorizando as respectivas situações que justificavam a atuação do juizado de menores. Por vezes, tais adjetivos e classificações correspondem a uma implícita caracterização dos pais, tutores ou curadores destes menores.

Outra novidade instituída fora a criação, mesmo que parca, de estabelecimentos distintos para o abrigo nos menores abandonados ou delinquentes. Em verdade, trata-se uma rede que reforçaria a preocupação do estado com a infância, com

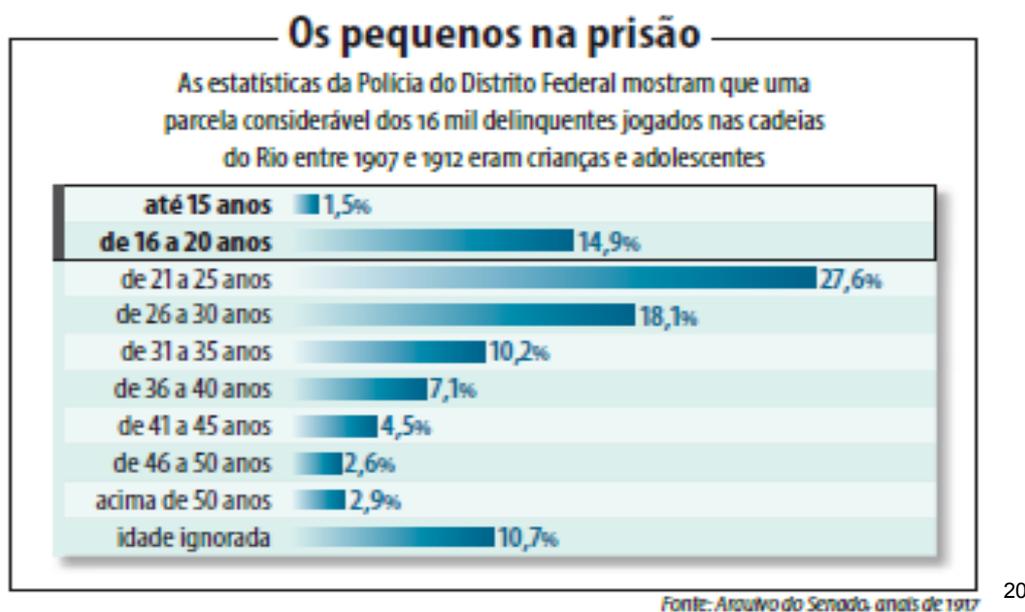
<sup>17</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. **Para uma história da Legislação do Menor**. Op.cit.p.87

<sup>18</sup> **Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos:**

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;  
 II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;  
 III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;  
 IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;  
 V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;  
 VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.  
 VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:  
 a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;  
 b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;  
 c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;  
 d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;  
 VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;  
 a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;  
 b) a qualquer pena como co - autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes. (grifos nossos).  
 Brasil, Decreto Federal 17.943, de 12 de outubro de 1927, artigo primeiro.  
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 02 maio 2016.

caráter assistencialista. Isso porque, como vimos no tópico anterior, não havia obrigatoriamente a existência de estabelecimentos distintos para adultos e menores. Em dados do Senado Federal, contidos nos anais da casa em 1917, mostra-se a quantidade de menores que eram jogados nas cadeias<sup>19</sup>.

Gráfico 1:



Reportagens da mídia, à época, noticiavam abusos cometidos contra estes menores. Histórias que criam uma comoção para mudança no tratamento dados aos delinquentes juvenis, culminando, assim, na criação dessa justiça especializada. A atenção para o menor era fruto da ideia salvacionista, em que o delinquente menor poderia ser recuperado, “regenerado”<sup>21</sup>, tratado, para que não se tornasse um adulto corrompido.

Podemos apontar que a inovação legislativa do Código de Menores de 1927 instituiu o tratamento legal diferenciado, busca atenção para a infância, sob a égide da moral e dos bons costumes. Todavia, o marco desse Código, no que toca a uma perspectiva assistencialista, representa uma mudança radical em relação às

<sup>19</sup> Jornal do Senado — Brasília, terça-feira, 7 de julho de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/ate-lei-de-1927-criancas-iam-para-a-cadeia>. Acesso em: 02 maio 2016

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Art. 71 do Código de Menores de 1927.

legislações anteriores e, impulsiona a construção da legislação futura, até certo ponto, que iremos discutir adiante.

Após o Código Penal de 1940 que estabelece o limite da irresponsabilidade penal para 18 anos, temos a criação do Serviço de Assistência a Menores (SAM), por meio pelo Decreto Lei nº 3.799 de 05/11/1941, cuja função escrita em seu art. 2º busca sistematizar os serviços de amparo assistencial do menor (desvalido e delinqüente, termos do próprio decreto) servindo como órgão vinculado ao Ministério da Justiça, articulado com o Juizado de Menores, centralizando o tratamento institucional dado aos menores a este órgão.

Durante o período da década de 1960 há um movimento de reformulação que substitui o SAM pela FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) criada pela Lei 4.513/1964. Sua formulação antecede ao período militar, posto que, desde a década de 1950, surgem denúncias de corrupção e tratamentos cruéis no interior da Instituição SAM<sup>22</sup>.

A atuação da FUNABEM buscava integrar uma diretriz de política nacional que se promove por meio de convênios aos Estados e Municípios. Na década de 1970, sob sua influência e apoio, os Estados federados começam a criar as suas próprias fundações conhecidas como FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor), cumprindo as diretrizes da Política Nacional do Bem- Estar do Menor. Tal política possuía a tarefa de por fim ao uso de métodos repressivos nas instituições de atendimentos para menores.

O segundo momento legislativo mais significativo ocorre com “novo” Código de Menores – Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Estamos ainda na etapa tutelar, com o adendo da consagração da “Doutrina da Situação Regular”. Reforça-se o aspecto da criminalização da pobreza como justificativa de intervenção do estado. Em seu artigo segundo, *in verbis*, percebemos claramente tal política:

Para efeitos deste Código, considera-se em situação irregular, o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou

---

<sup>22</sup> Uma análise do órgão pode ser encontrada no livro *Sangue Corrupção e Vergonha - SAM*, publicado por Paulo Nogueira Filho, ex-diretor da entidade. NOGUEIRA FILHO, Paulo. **Sangue, corrupção e vergonha**. São Paulo: Organização Libertas, 1956.

responsável de provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal<sup>23</sup>.

A tutela exercida pelo estado, no “cuidado” com o menor em situação irregular, legitima a atuação eminentemente assistencialista, de modo a causar até violações aos menores<sup>24</sup>. Conceitos abertos como “em perigo moral”, “bons costumes”, “desvio de conduta”, deixam ampla margem de arbitrariedade no agir estatal. Aqui, o menor é visto como um objeto de intervenção das medidas.

Para que a norma fosse aplicada era necessário o enquadramento do menor na condição de “situação irregular”, elencada acima. Isso se dava, não apenas, para o menor que cometesse qualquer infração, mas pelo simples fato de estar uma condição de pobreza.

Logo, o traço marcante dessa legislação, no mesmo sentido que o código de 1927, era a criminalização da infância em situação de pobreza. De modo a legitimar a ação estatal onde a falta de condições econômicas da família para manter uma vida digna à criança era motivo de suspensão ou perda do poder familiar. Assim, aquela criança era retirada do convívio familiar para ser colocada em um estabelecimento estatal adequado.

A posição do Estado Brasileiro, com o Código de Menores de 1979, revela-se autoritária e seletiva, segundo João Batista Costa Saraiva. Negligenciava-se a responsabilidade estatal na luta contra as desigualdades, contra a miséria social, mirando o problema apenas para a família e a criança, ou seja, havia o direito de sancioná-los pelo fato de serem pobres<sup>25</sup>. Essa posição culmina no dado relevante, citado por Saraiva em que:

Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescente, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na

---

<sup>23</sup> Brasil, Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.

<sup>24</sup> GOMIDE, Paula. **Menor Infrator a Caminho de um Novo Tempo**. Curitiba: Juruá, 1990. p.37.

<sup>25</sup> Art. 45, inc. I, da Lei 6.697/79

medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era a ordem que imperava nos Juizados de Menores<sup>26</sup>.

Outro elemento que caracteriza a “Doutrina da Situação Irregular” é o tratamento dispensado ao menor. Numa visão essencialmente paternalista do Estado, aquele era visto como objeto de intervenção da norma. A ideia de sua incapacidade era similar aos inimputáveis por sofrimento psíquico, de modo a que o caráter das medidas aplicáveis (por tempo indeterminado) assemelhava-se à medida de segurança.<sup>27</sup> Assim, o Estado enxergava a criança e o adolescente como sujeitos mentalmente incapazes, estes não eram encarados como seres em condição peculiar de desenvolvimento.

O artigo 13 do referido código enuncia que a função da medida aplicada ao menor infrator possui o condão de, fundamentalmente, integrá-lo ao convívio sócio-familiar. Sua função declarada é esta. Mas, como iremos discutir no próximo tópico, observamos que há um descompasso entre a “Doutrina da Situação Irregular” e sua justificativa de aplicação com as novas cartas normativas internacionais que primam pelos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

Paradoxalmente, no artigo 40, parágrafo terceiro, admite a continuidade da execução da medida socioeducativa de internação, quando o menor atingir a idade de 21 anos, e não houver cessado o cumprimento da medida, esta será dirigida à jurisdição do juízo de execuções penais. Tal raciocínio implica em uma forte correlação e comunicação entre o sistema juvenil e o sistema penal dos adultos sem o estabelecimento de critérios precisos para definição da cessação da medida de internação. De modo que percebemos a existência de uma racionalidade punitiva que permeia a construção daquele, então, modelo de justiça juvenil.

O que podemos inferir dessa fase tutelar e, especialmente, pelo contexto de implementação do Código de Menores de 1979 é que, no âmbito de aplicação de medidas, temos a internação como uma resposta utilizada mais frequentemente, sendo uma resposta essencialmente punitiva revestida de um manto “da proteção”

---

<sup>26</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.51

<sup>27</sup> Ibidem, p.43

que o estado promove ao próprio infrator, visando a sua integração ao convívio social.

Por conseguinte, na esteira dos movimentos internacionais pelos Direitos das Crianças e Adolescentes, perceberemos as alterações no campo legal e prático das políticas que atendem à juventude no Brasil.

### 1.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ETAPA GARANTISTA

A primeira guinada, que podemos afirmar, na maneira pela qual o estado brasileiro encara a proteção das crianças e dos adolescentes ocorre em sede constitucional, antes mesmo da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069/1990.

O movimento constituinte, especialmente no que toca aos artigos relacionados às crianças e adolescentes, cravou a adoção constitucional de um sistema de proteção aos direitos fundamentais da criança e adolescente. Firmou-se ainda, uma base principiológica em consonância com os princípios posteriormente inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989<sup>28</sup>, onde verificamos a adoção da Doutrina da Proteção Integral. Tal Convenção fora responsável por construir uma base jurídica de reformulação dos sistemas legais e institucionais relativos aos direitos da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 227 e 228, lança bases para o estabelecimento de garantias atinentes, tanto a crianças, como adolescentes. É-nos demonstrado como será erigido o sistema de proteção a estes indivíduos e, também, a forma de resposta dada aos atos infracionais.

---

<sup>28</sup> Convenção Sobre Os Direitos Da Criança aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 é um marco do trigésimo aniversário da Declaração Universal do Direitos da Criança, de 1959. As referidas normas internacionais foram importantes mundialmente por lançarem um novo status de proteção à infância e adolescência. No Brasil, a referida Convenção de 1989 fora adota como direito interno, pelo Estado Brasileiro, através do Decreto nº 99.710, de 21/11/1990. Por meio deste ato, tal instrumento normativo possui força vinculante e validade dentro no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, importa salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente e as disposições constitucionais atinentes a este assunto antecipam a recepção da convenção ao ordenamento pátrio.

A determinação constitucional é para que sejam assegurados os direitos das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade a obrigar não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade, ou seja, uma responsabilidade concorrente e partilhada entre os sujeitos que formam o país:

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.

Somente com a aprovação do ECA percebemos a sua grande função de regulamentar o texto constitucional, para que tais normas constitucionais tivessem uma efetividade maior. Importa dizer ainda que a simples existência de leis, por si só, não mudam estruturas, caso não seja conjugadas com políticas sociais eficazes, para assegurar materialmente os direitos proclamados constitucionalmente.

É, por este motivo, que o ECA propõe ser um novo ordenamento jurídico que se ocupa seriamente da proteção à família, aos direitos da infância e adolescência. Era urgente a necessidade de enxergar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, cidadãos, para além da antiga percepção de coisificação da infância<sup>29</sup>. Supera-se a desqualificação de crianças e jovens que agora são vistos como iguais perante a lei.

Nesse sentido, o fenômeno de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente criou a necessidade de reformulação das bases da legislação infraconstitucional para se amoldar aos novos paradigmas enunciados pelo texto constitucional, posto que, o Código de Menores de 1979 não atendia às novas transformações teóricas pelas quais o mundo passava, e por conseqüência, as modificações na nova ordem constitucional.

Os eixos que se baseiam a proteção da infância e da adolescência com a Lei 8069/90 são a descentralização e a participação. O primeiro, descentralização, visa buscar uma melhor divisão e atribuição de tarefas entre a União, os Estados e

---

<sup>29</sup> O artigo terceiro do ECA preleciona justamente tal posição: “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”.

Municípios para o cumprimento de direitos sociais<sup>30</sup>. No que toca à participação, esta deve ser sempre constante e gradual por parte da sociedade civil, daí porque o Estatuto da Criança e do Adolescente fomenta a organização e parceria com associações, Organizações Não-Governamentais (ONGs), fundações, para que estas participem nas formulações de políticas públicas e fiscalizem sua implementação. Estimula-se a criação de conselhos, municipais, estaduais e nacional dos direitos das crianças e dos adolescentes<sup>31</sup>. Trata-se de outra compreensão de cidadania, participativa, que se organiza em prol do direito da criança e do adolescente.

O Estatuto também enumera as maneiras de fiscalização da rede de atendimento, responsável pela internação, acolhimento de institucional, apoio sócio-familiar. Tal ato estará a cargo do Ministério Público, do Poder Judiciário e Conselhos Tutelares, assim como, as referidas unidades da rede de atendimento devem passar pelo crivo

---

<sup>30</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente determina no art. 86 que: “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”.

<sup>31</sup> Previsto no artigo Art. 88: São diretrizes da política de atendimento:

I - municipalização do atendimento;

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;

VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

VIII - especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil;

IX - formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral;

X - realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência. (grifos nossos)

dos Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente, demonstrando plano de atendimento, estrutura física satisfatória, corpo institucional multidisciplinar.

O significado teórico do Estatuto da Criança e do Adolescente reside numa mudança firme dos antigos conceitos menoristas de intervenção estatal. O ECA abre caminho para a construção de um novo Direito da Criança e do Adolescente, pautado na Doutrina da Proteção Integral, como já dito. Isso importa dizer que, essa construção consiste em um reordenamento institucional, com desjudicialização de práticas de caráter administrativo e assistencial, novos modelos de gestão e assistência social, democratização de direitos fundamentais, acesso à justiça, enfim, um sistema amplo de direitos e garantias.

Logo, se estamos dentro de um novo contexto de pensamento sobre a infância e juventude, consolidam-se novos modelos de gestão, mudança nas práticas institucionais. Para que se consolide um novo sistema de justiça juvenil, é necessário um novo Direito Juvenil, assim, o ECA permite essas mudanças pelos aspectos acima considerados.

Para além do aspecto assistencial, há também o estabelecimento de normas de proteção especial que influenciam o funcionamento do sistema de justiça juvenil, de modo a servir de molde principiológico, como já afirmado, na aplicação das medidas socioeducativas:

Art. 227, p.3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, 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. (*grifo nosso*).

Tal base principiológica está explícita na nossa Carta Política, o que demonstra a sua importância e força normativa. Outro ponto reside no estabelecimento que o artigo 228 da Constituição Federal traz sobre a responsabilidade penal diferenciada aos menores de 18 anos, declarando os menores dessa faixa etária como inimputáveis.

Podemos, assim, verificar a tendência comum de outros ramos do direito que consiste na sua constitucionalização, aqui, vemos esse fenômeno no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente. É uma colocação normativa clara e taxativa por parte da nossa nova ordem constitucional que constrói um sistema especial de proteção e direitos para todas as crianças e adolescentes pautados na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos humanos<sup>32</sup>.

Nossa nova ordem constitucional ratifica idéias do movimento internacional que chama a atenção para a necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência. Dessa maneira, esses movimentos que clamam pela superação do paradigma tutelar/menorista, assim, chegaram ao paradigma garantista, pautado na proteção integral. Não se trata de uma mudança meramente simbólica e lingüística, mas uma transformação que lança bases para o Direito das Crianças e dos Adolescentes sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A percepção tutelar, antigo paradigma, no dizer de Zaffaroni<sup>33</sup> :

ao longo de toda a história da Humanidade, a ideologia tutelar em qualquer âmbito resultou em um sistema processual punitivo inquisitório. O tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teológica, racial, cultural, biológica, etc.). Colonizados, mulheres, doentes mentais, minorias sexuais, etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores e, portanto, necessitados de tutela.

Agora, a perspectiva da proteção integral enxerga a criança e o adolescente como ser humano em desenvolvimento. Por tal situação peculiar merecem tratamento diferenciado e afirmação de direitos. Isso torna igualitário o tratamento jurídico, para todas as crianças e adolescentes, inclusive, aos que sejam infratores.

---

<sup>32</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p.411

<sup>33</sup> ZAFFARONI, R. Do advogado – art. 206. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários jurídicos e sociais, p. 640.

Assim, a partir da aprovação do ECA como um mecanismo legal instrumentalizador dos mandamentos constitucionais, essa conquista estabelece o marco absoluto da adoção da “Doutrina da Proteção Integral” que, resumidamente, corresponde a uma sistematização de garantias processuais, substanciais dos direitos das crianças e dos adolescentes. Demarcando, assim, como se estruturará o sistema de justiça juvenil, como um mecanismo assecuratório de direitos consagrados em nossa constituição.

Desse modo, podemos resumir, brevemente, algumas linhas de modificações que a Doutrina da Proteção Integral promove, de acordo com observações de Sposato:

O conteúdo e a abrangência da mudança de paradigma introduzida pela Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro são de alta complexidade, mas podem ser ilustrados por seis aspectos principais: a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude; c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; d) municipalização da política de atendimento; e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções; f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e a função do Ministério Público como de controle e contrapeso.<sup>34</sup>

O que podemos observar com a adoção do ECA é uma modificação paradigmática evidente em que a Proteção Integral promove em contraposição ao sistema anterior. Temos que o “menorismo” e o paradigma da situação regular não elevam a criança e o adolescente (infratores ou não) como sujeitos e titulares de direitos. Especialmente, podemos observar a adoção do devido processo legal e de princípios constitucionais como mecanismos orientadores de ações voltadas para a infância e, no mesmo sentido, estabelecendo limites objetivos no atuar punitivo do estado frente a adolescentes infratores.

Por seu turno, a doutrina da proteção integral se apresenta, inicialmente, como a abertura cognitiva que necessitávamos, para pensar a justiça juvenil afastada dos postulados básicos da justiça penal dos adultos, retributiva. Esse primeiro passo que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe tornará fértil a aproximação que aqui faremos da justiça juvenil com a justiça restaurativa.

---

<sup>34</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Op. cit. p.60.

No dizer de Antônio Carlos Gomes da Costa, a Doutrina da Proteção Integral:

(...) afirma o valor intrínseco da criança com ser humano; a necessidade especial de respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento de sua vulnerabilidade. O que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade, do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos<sup>35</sup>

Nesta senda, o tratamento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente funda-se sobre três premissas básicas: liberdade, respeito e dignidade. Essa perspectiva protetiva desloca o antigo contexto de tutela normativa dispensado apenas ao Estado, ao coisificar os jovens em situação irregular, ou ainda, encará-los como adultos em miniatura, sobre a égide suprema da Política Nacional de Bem-Estar do Menor, matéria de segurança nacional pela ditadura militar brasileira.

Ao adjetivarmos tal etapa, como garantista, justificamos na questão de implementação de garantias processuais e procedimentais no modelo de apuração de responsabilidade dos adolescentes infratores, além da institucionalização de uma rede de garantias e direitos dedicados à infância e adolescência como um todo. Nesse sentido, os artigos 110 e 111 do ECA<sup>36</sup> reafirmam a necessidade de princípios assecuratórios do devido processo legal.

Após essa guinada da doutrina da situação irregular, para a da proteção integral, muda-se a forma de o estado encarar a execução das medidas socioeducativas. Estas, não terão a mensagem de reprovação da conduta infracional de cunho retributivo, ter-se-á, por seu turno, a finalidade socioeducativa. Mesmo porque, como o próprio ECA estabelece: a regra será a primazia pelo direito à liberdade do jovem

---

<sup>35</sup> COSTA. Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócios-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

<sup>36</sup> Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento

infrator, art. 107,§ único<sup>37</sup>, juntamente como princípio da excepcionalidade da medida de internação prevista no art. 121<sup>38</sup>.

Como dissemos, o Estatuto da Criança e do Adolescente propicia não apenas uma mudança simbólica e lingüística, mas modifica a maneira de pensar a resposta estatal frente a questões de conflitualidade<sup>39</sup> envolvendo adolescentes.

O giro cognitivo entre a doutrina da situação irregular para a proteção integral trouxe consigo um novo entendimento, uma nova maneira de encarar os adolescentes infratores como seres em desenvolvimento, a quem deve ser garantido um núcleo de direitos fundamentais. Por esta razão, àqueles que estejam em desacordo com a lei não serão considerados inimigos públicos, mas sujeitos que necessitam do amparo do Estado, da família e da sociedade.

A mudança nessa política criminal voltada aos adolescentes e os atos infracionais foi cristalizada com o estabelecimento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo a partir da Lei 12.594/2012, que discutiremos no tópico posterior.

No tocante à aplicação de medidas, o ECA estabelece duas categorias: medidas protetivas e medidas socioeducativas (art. 110 e art. 112). De modo que, temos um marco para a responsabilização do adolescente. Inicialmente o ECA define quem é considerado como adolescente, em seu artigo segundo, este é a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade que responderá a procedimento de apuração de ato infracional caso cometa alguma conduta típica à lei penal. Apenas se for comprovada a autoria e materialidade do ato.

É considerada criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, que ao praticar ato típico à lei penal, estará sujeita a aplicação de medida protetiva<sup>40</sup>, conforme a sua necessidade. As críticas residem na falta de critérios objetivos para a aplicação de tais medidas. Tais conceitos são construídos pela doutrina de modo a

---

<sup>37</sup> Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. **Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata** (grifos nossos).

<sup>38</sup> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

<sup>39</sup> Trata-se de questões que envolvam a prática, ou não, de atos infracionais.

<sup>40</sup> Nesse sentido, criança nunca poderá cumprir medida socioeducativa, apenas medidas protetivas.

atender critérios preexistentes do Direito Penal dos adultos, como a gravidade do ato, se cometido com violência ou grave ameaça, quando implica em ameaça à ordem pública. Ressalte-se que o ECA não fora erigido em critérios dogmáticos penais, mas, sob uma ordem principiológica própria. Tais críticas e apontamentos serão discutidos, com mais profundidade, nos próximos capítulos.

Por tudo comentado acima, percebemos algumas notas distintivas que o texto normativo do Estatuto da Criança e do Adolescente representa para o ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, podemos afirmar que com o ECA tivemos uma mudança teórica fundamental para que o Estado Brasileiro adotasse a Doutrina da Proteção Integral. Há claramente uma mudança simbólica, linguística, principiológica que funda um novo Direito da Criança e do Adolescente, em contraposição à perspectiva “do menor infrator”.

Por segundo, há uma disposição normativa para a estruturação de redes de atendimento e proteção à infância e adolescência. Seja com a criação de conselhos nos seus mais variados âmbitos, priorizando a municipalização do atendimento, a consolidação de uma assistência social efetiva, garantidora de direitos. Logo, percebe-se a construção integrada a sociedade civil de instrumentos de proteção à infância, não sendo, apenas, uma responsabilidade unicamente estatal, mas concorrente.

Por fim, no que toca aos adolescentes infratores, o Estatuto estabelece alguns nortes para a aplicação de medidas socioeducativas, como uma principiológica garantista própria, acompanhando os ditames constitucionais e os textos normativos internacionais incorporados ao direito interno. Estamos diante de uma nova forma de pensar a justiça juvenil, como a incorporação de um modelo de resposta não-retributiva, integrada à comunidade e primado pelo bem-estar do adolescente. São ditames e diretrizes que devem nortear o atendimento socioeducativo e direcionar a execução de medidas socioeducativas por parte da rede de atendimento.

Lançadas as bases teóricas e diretrizes normativas por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, podemos enfrentar o tema seguinte no que toca à implementação das medidas socioeducativas, tão criticada por pesquisadores dessa área durante

certo período pós ECA, posto que temos uma tensão entre a realidade e a proposta teórica do estatuto.

#### 1.4 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE)

Os tópicos anteriores demonstraram a modificação do olhar estatal frente à infância e adolescência. Pontuamos não apenas o aspecto de punição destes sujeitos, no caso de cometimento de atos infracionais, mas a forma de proteção e intervenção da resposta frente a esta situação de conflitualidade.

Passamos de um modelo chamado de etapa penal indiferenciada, onde não havia bases para supor a existência de um direito juvenil. Àqueles considerados menores, eram-lhes aplicadas às mesmas penas correspondes aos adultos em uma dosimetria diferida, a simples correlação de o autor ser menor, lhe era concedida uma redução da pena. Seu cumprimento era nas mesmas prisões dos adultos, o que gerou diversos abusos e atrocidades.

Na virada do século XIX para o XX, observamos um movimento mundial de especialização da justiça penal dos adultos e a justiça juvenil. Era urgente e um elemento civilizatório a criação de um juízo específico para o tratamento de jovens infratores. Sob a égide dos modelos de resposta positivistas, a delinquência juvenil era encarada como um desvio, a ser tratado separadamente dos adultos, posto que, aos menores, ainda lhe seria dada a chance de recuperação. No Brasil, esse momento ficou consagrado com a criação do Código dos Menores de 1927, inaugurando uma ruptura ao modelo anterior de indiferenciação penal.

O que se segue no curso da evolução legislativa juvenil no Brasil observou a força do modelo tutelar, e a consolidação de práticas orientadas pela Doutrina da Situação Irregular. O menor era encarado com objeto de intervenção estatal, onde a situação irregular era enquadrada não apenas pelo fato de o mesmo ter cometido algum ato infracional, mas, tratava-se da própria criminalização da pobreza, como notas trazidas por este texto. Tal política fora ratificada com a criação do Código de Menores de 1979, fruto do período militar, e representava a preocupação com a delinquência juvenil como assunto de segurança nacional.

O momento que se segue com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, o Brasil vivencia sua fase democrática. Para tanto, a nova ordem constitucional inaugura bases para um novo ordenamento jurídico que culmina na criação de um Direito da Criança e do Adolescente. O ECA representou, à época, e ainda representa, um dos textos normativos mais avançados na proteção à infância e adolescência, respeitando os direitos e garantias destes sujeitos, como fundamentais. Cristalizou-se a Doutrina da Proteção Integral, em que o centro da construção de políticas públicas e sociais deve partir das necessidades da criança e do adolescente.

O ECA propiciou enxergar a proteção da juventude sem aspectos discriminatórios entre adolescente, infratores ou não.

Após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente o Brasil passou por um período de modificação em suas políticas de proteção à infância e juventude, trata-se de uma reorganização institucional e política dos órgãos já existentes, para se adequarem a uma nova racionalidade, baseada na proteção integral. Recortaremos aqui o aspecto de transformações, sejam no campo teórico ou prático, na execução de medidas socioeducativas, que implicam em lidar com os jovens em situação de conflito.

Nós observamos critérios de responsabilização do adolescente infrator, desde a consolidação de um direito juvenil, separado do sistema penal dos adultos. Consiste na construção de um sistema de justiça juvenil amplo, que defende o interesse da infância e juventude e trata o aspecto deste, enquanto infratores, sob uma perspectiva humanística. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente ter lançado bases e princípios que devem nortear a aplicação de medidas socioeducativas, durante o período de 1990 até o ano de 2012, percebemos a falta de unicidade na rede de atendimento socioeducativo, com a inobservância de regras específicas para a execução destas medidas<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> O trabalho técnico de Antonio Carlos Gomes da Costa, intitulado de Os regimes de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente: Perspectivas e Desafios, datado de 2004, demonstram a necessidade de uniformização da política de atendimento socioeducativo por meio de regras técnicas mais específicas, dentro da orientação principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse caso, podemos antecipar que tais discussões e pesquisas acabam por justificar a criação do SINASE, transformado em Lei apenas no ano de 2012.

Diversos trabalhos acadêmicos<sup>42</sup>, nesse período, acusam a continuação de práticas punitivas no seio das entidades de atendimento responsáveis pela execução das medidas socioeducativas. Soares chama a atenção uma visão penitenciária no seio da justiça juvenil, especialmente no que toca à medida de internação. Há o predomínio de se associar a privação de liberdade do adolescente com a pena de prisão, dando apenas o significado meramente punitivo-retributivo. Para o autor, as medidas socioeducativas, nesse sentido, são mais complexas que um ato meramente de encarceramento, isto porque, tais medidas albergam não apenas uma natureza coercitiva, mas também natureza protetiva e educativa. Essa complexidade é trazida pelo ECA, como uma transformação paradigmática, do ponto de vista normativo, com a missão de buscar um reordenamento institucional, para que a estrutura do atendimento socioeducativo seja modificada.

Antonio Costa já identificava algumas diretrizes necessárias para que a execução de medidas socioeducativas estivessem em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, para tanto, frisamos, esta passagem sobre a necessidade ações no sentido de<sup>43</sup>:

- i) Um amplo, profundo e corajoso reordenamento político institucional dos sistemas de atendimento em conteúdo, método e gestão;
- ii) O reordenamento em **conteúdo** deve consistir na produção de parâmetros claros e precisos para especificação dos regimes de atendimento e sua tradução em **regimentos internos** bem estruturados e claros para todas as unidades, que passarão a funcionar no marco de uma **Lei de Execução das Medidas Sócio-Educativas** e de um conjunto bem articulado e coerente de normas infralegais deliberadas pelo CONANDA;
- iii) O reordenamento, em termos de **gestão**, deverá contemplar dois aspectos-chave:
  - a) A descentralização dos sistemas de atendimento, procedendo a uma distribuição mais adequada das unidades de atendimento sobre a base territorial de cada uma das unidades federadas;
  - b) A adoção de um sistema de gestão compartilhada da ação sócio-educativa com organizações da sociedade civil, ficando as medidas de contenção e segurança a cargo do Corpo de Segurança de cada unidade federada.

---

COSTA. Antonio Carlos Gomes da (org). **Os regimes de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente**: perspectivas e desafios. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – SEDH/PR, 2006.

<sup>42</sup> SOARES, J. J. B. S. O Sistema Socioeducativo no âmbito do estado do Rio de Janeiro: panorama atual e perspectivas. In: BRITO, L. M. T. (Coord.). **Responsabilidades**: ações socioeducativas e políticas públicas para a infância e juventude no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

<sup>43</sup> Refere-se ao trecho do mesmo trabalho técnico citado na nota de rodapé nº 37, em que, especificamente na avaliação da medida de internação, o autor identifica medidas que devem ser tomadas pelo poder público.

iv) Em termos de **metodologia de atendimento**, desenvolvendo-se um sistema de **certificação de competências** capaz de assegurar a implantação de um sistema permanente e estável de qualificação da aplicação das medidas sócio-educativas (grifos nossos).

Os direcionamentos feitos por tal trabalho, juntamente com outros, fizeram com que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) proponha resoluções nos sentido de sanar tais deficiências normativas. Temos a Resolução nº 119/2016 que apresenta o SINASE, Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, tal sistema busca uma reafirmação da diretriz pedagógica do Estatuto e possui, como base de inspiração, diversos textos normativos internacionais<sup>44</sup>

Na apresentação do SINASE, a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) conceitua-o da seguinte maneira:

O SINASE é o 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. Esse sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos as políticas, planos, e programas específicos de atenção a esse público<sup>45</sup>.

Dessa maneira, o SINASE propõe ser uma política pública responsável pela proteção do adolescente infrator, correlacionando-se com diversos setores e políticas sociais dentro do Sistema de Garantia de Direitos. Sua perspectiva de atuação está descrita no próprio documento da SDH, vejamos:

---

<sup>44</sup> Os principais deles são a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, 1989; Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, Regras de Beijing, 1985; Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade, 1990; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad, 1990; Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas Não-Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio, 1990.

<sup>45</sup> Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.p.22



A atuação do SINASE é pautada pela incompletude institucional, que fomenta a atuação intersetorial dos diversos órgãos demandando iniciativas distintas de políticas públicas e sociais. Isso significa que a execução das medidas socioeducativas, pela lógica do ECA, é provida por um conjunto de ações articuladas que organizem as políticas da infância e juventude. Assim, a execução das medidas socioeducativas devem estar integradas a outras políticas públicas (saúde, trabalho, educação, cultura, lazer, etc).

Colocamos a discussão sobre o SINASE neste capítulo por acharmos relevante para a compreensão do funcionamento do nosso atual Sistema de Justiça Juvenil. A análise desse modelo demonstra, a partir dos ditames legais, sua proposta teórica e mecanismos para sua efetivação e materialização dos princípios que norteiam o sistema de justiça juvenil brasileiro, após o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Somente em 2012 é que a diretriz apresentada pela Resolução nº 119/2006 do CONANDA se transforma na Lei 12.594/2012, que institui o SINASE, regulamentando a execução das medidas socioeducativas como um todo.

Antes de termos a Lei 12.594/2012, suscitavam-se muitas críticas ao sistema juvenil. A aplicação de medidas socioeducativas não cumpre uma função declarada com bases nos princípios constitucionais, de modo que, agora, temos de forma mais clara o caminho a ser trilhado. Vejamos:

Art. 1º, § 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

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

Observa-se que o procedimento de responsabilização do jovem é fato presente. As finalidades da aplicação das medidas socioeducativas se colocam em um plano diferenciado do que ocorre na justiça dos adultos, exclui-se o plano da retribuição em detrimento da reparação. A principiologia do SINASE se aplica a todas as medidas socioeducativas<sup>46</sup>.

O artigo acima citado revela a finalidade da execução das medidas socioeducativas. Pontua o aspecto da necessidade de responsabilização do adolescente em relação ao dano causado; assegura-lhe os direitos individuais quando no cumprimento desta medida, o que importa na execução de um plano individual de atendimento (PIA), importante instrumento de avaliação.

Dessa forma, afasta-se uma finalidade meramente retributiva da medida socioeducativa, abrindo espaço para a construção diferenciada da resposta estatal frente ao adolescente infrator, pautada em critérios como a reparação do dano, integração social, na mesma esteira de pensamento estabelecido no ECA.

Outro fato que nos chama atenção, e posteriormente será objeto de dissenso doutrinário, consiste na utilização de leis secundárias como parâmetros, no caso de restrições a direitos e liberdades dentro do sistema socioeducativo. Como se sabe, tal atitude olha, inicialmente, para os ditames inscritos na Constituição Federal de

---

<sup>46</sup> O ECA enumera-as da seguinte maneira: Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI

1988 e no ECA, mas em algumas situações, tem por base o Direito Penal e Processual Penal brasileiro, desde que, a utilização dessas leis, frise-se, secundárias, só será admitida quando houver a ampliação dos direitos das adolescentes, sempre levando como norte principiológico as especificidades da doutrina da proteção integral<sup>47</sup>.

Mesmo nessa perspectiva de se utilizar parâmetros de legislações secundárias, podemos verificar que o sistema de justiça juvenil se preocupou com aspectos das garantias processuais e legalidade, de modo a não se configurar num sistema normativo mais gravoso ou menos garantista ao adolescente infrator, se comparado ao sistema penal.

O próprio artigo 35 da Lei 12 594/2012 enuncia aspectos principiológicos que serão observados, quando da execução das medidas socioeducativas:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; (grifo nosso).

O Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil, possui direcionamentos avançados no plano teórico, na busca de um rompimento com o tratamento anteriormente dado ao jovem infrator. Com o SINASE, observamos um movimento para criar parâmetros no atendimento socioeducativo, de modo a efetivar diretrizes inscritas no ECA, desde a década de noventa.

Assim sendo, não se trata de mais uma lei no ordenamento jurídico, passível de inefetividade, pelo contrário, a consolidação de parâmetros nacionais na execução de medidas busca dar segurança jurídica e materializar a proteção dos direitos do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, com respeito aos direitos humanos e os valores atinentes a estes. Aos adolescentes nessa situação, que vivenciam o atendimento socioeducativo, sofrem com práticas corriqueiras, onde os

---

<sup>47</sup> Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006. p.25.

agentes do sistema enxergam os adolescentes de acordo com os atos por eles praticados. Devemos separar a pessoa e ato que ela cometeu. O que se deve alcançar é o seu reconhecimento como sujeito de direitos pertencente a uma coletividade que compartilha de valores que lhes propicie uma condição digna de vida.

Podemos observar, hodiernamente, que nossa legislação juvenil possui instrumentos normativos capazes de estruturar um Sistema de Justiça Juvenil afastado de perspectivas meramente punitivas. Em que pese ainda termos questões atinentes à internação de adolescentes infratores, que serão discutidas posteriormente, posto que, encontram-se numa perspectiva de materialização destas leis.

Assim, observamos que, no plano teórico-legal, o ordenamento brasileiro possui novas perspectivas, avançadas por sinal, no âmbito da proteção à infância e adolescência. Em especial, as relações que envolvem adolescentes infratores, observar-se que a instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo cobre uma lacuna na subjetividade da execução de medidas socioeducativas. Mesmo assim, o embate teórico ainda será feito no plano do direito material, quando trataremos as propostas elencadas pelo movimento que etiqueta o termo penal ao direito juvenil.

Quando enunciamos um novo paradigma posto, este não seria possível sem a abertura legislativa trazida tanto pelo ECA, quanto pelo SINASE. Já possuímos um vasto conteúdo legal e principiológico que nos serve de base para a construção de um sistema de justiça juvenil avançado e distinto, de modo a influenciar positivamente o sistema de justiça dos adultos e não o movimento contrário.<sup>48</sup>

Assim, em apertada síntese desse capítulo, podemos perceber as modificações positivas em nossa legislação juvenil ao erigir um modelo de justiça pautado em princípios constitucionais garantidores de proteção à criança e especialmente ao adolescente infrator.

---

<sup>48</sup> Aqui é interessante frisar a posição de Alvaro Pires segundo a qual o Sistema de Justiça Juvenil de alguns países passa por uma modificação no final do século XX de modo a receberem mais influências do aspecto punitivo do sistema de justiça dos adultos. O que se torna um fenômeno grave. PIRES, Álvaro. Op. Cit.p. 624.

O movimento de consolidação e especialização de um Sistema de Justiça Juvenil teve, inicialmente por base, a observância do modelo de justiça penal dos adultos, fundamentadas em doutrinas tutelares, que serviram como justificantes para o tratamento arbitrário de adolescentes, infratores ou não. Em verdade, é que os modelos de responsabilização dos adolescentes sempre tiveram à sombra da forma como punimos os adultos, sem considerar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento deste público alvo deste mecanismo de controle social.

Superamos a etapa tutelar em que havia uma “proteção” velada de punição, criminalizando a vulnerabilidade social da criança e do adolescente sob o manto da doutrina da situação irregular. Passamos para o paradigma da proteção integral, vigente, em que a criança e o adolescente são encarados como sujeitos de direitos, não meros objetos da norma.

No âmbito de aplicação de medidas socioeducativas, o SINASE se propõe a ser um norte teórico para a implementação das medidas socioeducativas de modo diferenciado e inovador, colocando o traço de especialidade que o Direito da Criança e do Adolescente estabelece em face dos atos infracionais. A resposta estatal não será eminentemente penal, punitiva, estigmatizante.

Desse modo, conseguimos visualizar um sistema teórico de justiça que se afasta do direito penal dos adultos, em que pese não abrir mão da responsabilização do jovem, sendo esta, distinta da dogmática penal dos adultos, a ser debatida nos próximos capítulos.

O que explanaremos mais à frente, de forma analítica é a defesa de alguns segmentos da doutrina juvenil para o estabelecimento do direito penal juvenil como uma função declarada do ECA e o próprio sistema de justiça juvenil.

Passaremos a abordar algumas bases para a estruturação dessa nova dogmática.

## 2. DIREITO PENAL JUVENIL

Nesse capítulo daremos continuidade a reflexões no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, voltando nossos olhares para o Direito Penal Juvenil<sup>49</sup>. Este ramo do direito “corresponde às normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade. Normas estas que pertencem ao Direito penal, contemplando situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores de uma infração penal”<sup>50</sup>.

Diferentemente do que ocorre em alguns países europeus, a exemplo da Espanha, a sistemática de responsabilização penal do adolescente é firme e possui um vasto arcabouço doutrinário que a justifique. Contrariamente, no Brasil, há uma resistência da maior parte dos autores do Direito da Criança e do Adolescente em aceitar tal adjetivação “Direito Penal Juvenil”. Por tal razão, neste capítulo descreveremos alguns dos principais argumentos que justificariam a existência desse ramo penal do direito no coincidente com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nosso intento é realizar um apanhado sucinto dos principais pontos trazidos por esse olhar diferenciado do sistema de justiça juvenil que justifique a alcunha de um sistema penal, diferido, para adolescentes.

Notadamente, faremos um breve apontamento sobre o que pensa a doutrina brasileira na sistematização dessa matéria, usando o discurso garantista para justificar a nomenclatura “penal” ao sistema de justiça juvenil, além de apontar as falhas do funcionamento do mesmo. Falhas que são sanáveis, quando se admite a utilização de critérios dogmáticos penais para o funcionamento mais justo na aplicação de medidas socioeducativas.

Não faremos aqui um apanhado crítico, mas compilativo, isso será posto nos próximos capítulos ao confrontarmos as maneiras de pensar do modelo restaurativo e do modelo penal juvenil. Limitamos nosso olhar para um aspecto descritivo que

---

<sup>49</sup> Esta nomenclatura é adotada posto que “ aqui a expressão “Direito Penal Juvenil” para designar a matéria correspondente à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de ato infracional que integra a normativa da Criança e do Adolescente.” SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. Op.cit.p.26

<sup>50</sup> Sposato, op.cit.p.126.

justifique a validação do Direito Penal Juvenil como um modelo a ser adotado na operacionalização do Sistema de Justiça Juvenil.

## 2.1 POR QUE DIREITO PENAL JUVENIL?

Iremos trazer as questões que envolvem a recusa do Direito Penal Juvenil como modelo de resposta presente no ECA, bem como, elementos que reforçam a sua existência e necessidade de sua aplicação no sistema de justiça juvenil.

Quando alguns doutrinadores brasileiros se referem a uma construção dogmática penal dentro do sistema de justiça juvenil, estamos diante de uma possível aproximação deste modelo ou sistema de justiça dos adultos. Tal questionamento surge por questões de ordem, desde o procedimento de apuração da prática de ato infracional até o momento de imposição de medidas socioeducativas, em que não há um critério formal, objetivo, para que o juiz aplique esta ou aquela medida, estabelecendo sua duração.

Nesse sentir, a criação de regras e critérios objetivos para imposição e execução de medidas socioeducativas é pautado pela correlação de um Direito Penal Juvenil como o Direito Penal democrático e garantista. Para tanto, o Direito Penal Juvenil necessita afirmar um conjunto de princípios e regras que limitam o exercício do poder punitivo estatal face aos adolescentes infratores.

O primeiro pressuposto básico para afirmar o sistema de justiça juvenil, como penal, é buscar sua identificação a partir das "penas" aplicáveis. Assim, a medida socioeducativa é entendida como espécie de sanção penal<sup>51</sup>, tanto em seu aspecto estrutural e qualitativo, orientada pela prevenção especial positiva. Embasada no

---

<sup>51</sup> A medida socioeducativa é entendida como sanção penal (gênero, da qual a pena é espécie) por se considerada uma resposta estatal ao cometimento de atos infracionais. Sposato, Op.cit. p.57. Sanção entendida como uma resposta à violação da proibição prevista em lei. Segundo Nota 188 de Ferrajoli: Ora, a sanção (ameaça de privação de direitos a quem ofende direito) tem a sua legitimação espontânea pela legitimidade da proibição. Essa é consequência lógica da natureza das leis que se deve reconhecer à lei jurídica... O fim da sanção é aquele de completar a lei a fim que cada um saiba que o seu direito está protegido desde que não viole o direito alheio" (F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., p. 264). Na verdade, "sem sanção a lei é conselho e não mais lei", e o direito "não seria mais que uma vã palavra se não tivesse por implícito conteúdo a faculdade de defender-se" (ibidem, p. 260-261). FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 257.

aspecto educativo, ela comunica a resposta estatal em face do cometimento de uma conduta típica e antijurídica<sup>52</sup>.

Seu objetivo é evitar a reincidência, com observância do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, buscando superar a marginalização dos adolescentes pelo sistema de controle social. Para tanto, há um paralelismo com o Direito Penal, limitado dentro do Estado Democrático de Direito, onde as penas devem possuir um caráter preventivo, sendo a mobilização da norma penal apenas justificada em casos restritos à proteção dos cidadãos<sup>53</sup>. Dessa maneira, as medidas socioeducativas executam a mesma função de controle das penas aplicáveis aos adultos<sup>54</sup>.

Preliminarmente, entende-se que o Direito Penal Juvenil é um Direito Penal especial, sendo parte integrante do Direito Penal. Claus Roxin já afirmara que a ciência penal é composta por várias disciplinas, das quais o Direito Penal Juvenil, em razão da classe especial do autor é um campo próprio do direito, trata ele dos delitos dos jovens e suas conseqüências (parcialmente penais)<sup>55</sup>.

Segundo Maria Carmen Gomez Rivero<sup>56</sup>, a natureza penal atribuída ao sistema juvenil pode ser embasada nos pressupostos de sua intervenção estatal (aqui, a prática de um ato infracional) e as conseqüências aplicáveis a tal ato, que implica a atribuição de uma medida socioeducativa. Nesse sentido, podemos afirmar que

---

<sup>52</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes. Op. cit. p.57

<sup>53</sup> MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en El Estado Social y Democratico de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

<sup>54</sup> Na Exposição de Motivos da Nova parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/1984, observamos a seguinte diretriz: “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.” Logo, a orientação da medida socioeducativa, pelos autores defensores do direito penal juvenil, por ser pena, deve ser também limitada.

<sup>55</sup> No por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase Del autor, el Derecho penal juvenil se convierte en un campo del Derecho propio. Trata los delitos de los jóvenes (de 14 a 18 años) y sus consecuencias (solo parcialmente penales). ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p.46.

<sup>56</sup> GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. La Nueva Responsabilidad penal Del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. In: **Revista Penal**. N°9, La Ley, 2002.

também é uma forma de controle social formal em que há uma resposta sancionatória à prática de atos infracionais realizados por adolescentes

Corroborando com esse entendimento Nilo Batista, ao afirmar que a condição de existência jurídica do crime é a pena; o crime nasce porque a sanção ao ilícito praticado é uma pena; por essa razão, o ato infracional está relacionado com a atribuição de uma pena, em decorrência do cometimento de um fato tipificado no direito penal dos adultos.

Noutro ponto, além da natureza penal das medidas socioeducativas, a aplicação do princípio da legalidade, no âmbito do Direito Penal Juvenil, perpassa o conceito de ato infracional. Este é descrito de uma maneira distinta, pois temos no nosso ordenamento a tipificação delegada em que apenas aquilo que é considerado delito para os adultos, o será para os adolescentes<sup>57</sup>. O teor penal estaria na consequência da internação, por exemplo, que implica na restrição de liberdade do jovem, assemelhando-se às penas tradicionais.

Aqui, o princípio da legalidade, assim como no Direito Penal dos adultos, está atrelada à tipicidade. Claus Roxin<sup>58</sup> enfatiza que o tipo possui uma função de limitação e caracteriza as condutas humanas que são penalmente relevantes. Assim, a relevância da conduta típica do ato infracional legitima a resposta estatal com a imposição de uma medida socioeducativa, onde, por semelhança, seria aplicada uma pena no Direito Penal dos adultos. Logo, não se deve punir o adolescente da prática de quaisquer atos que, não seriam penalmente relevantes se praticados por adultos. A resposta estatal à prática de tal conduta não pode ser mais severa ao adolescente, comparado com a pena aplicada ao adulto, na mesma situação fática.

Dessa forma, a maior preocupação para o Direito Penal Juvenil consiste em estabelecer regras no âmbito de aplicação da medida socioeducativa. Para tanto, é necessária a mudança nos parâmetros que a fundamentam. Nesse caso, se a culpabilidade justifica a aplicação da pena criminal, em muitos casos a

---

<sup>57</sup> Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General** - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito Madrid: Civitas, 1997. p. 172.

periculosidade é fundamento de aplicação das medidas destinadas aos adolescentes infratores<sup>59</sup>.

Justamente com base no critério de periculosidade é que se observaram as diversas formas de intervenção coativa sobre os menores infratores, ou não, à época da etapa tutelar. A negação do aspecto penal das legislações de menores possibilitou a criminalização da pobreza, agindo na mesma lógica da seletividade do sistema penal, onde a mera situação irregular, já debatida, justificava a intervenção estatal independente da prática de atos infracionais<sup>60</sup>. Logo, como discutiremos posteriormente neste capítulo, o modelo de responsabilização para o adolescente infrator deve ser pautado numa releitura do princípio da culpabilidade como limite e/ou fundamento de aplicação da medida socioeducativa, para que, esta possua os mesmos mecanismos de limitação que o modelo penal.

O sistema dualista de sanções baseado na separação entre: aplicação de pena aos imputáveis; aplicação de medidas aos inimputáveis<sup>61</sup> é o modelo que distingue a legitimação da resposta punitiva estatal para os adultos imputáveis e, a resposta socioeducativa embasada em legislação específica aos adolescentes infratores, inimputáveis. Tal conceito de inimputabilidade ainda é mantido, tanto por nosso Código Penal, quanto pelo o ECA, justificando a mobilização da norma especial do sistema socioeducativo<sup>62</sup>.

Assim, os sistemas de justiça juvenis foram construídos por uma negação do caráter penal em suas respostas, ao tempo em que suas práticas em muito são

---

<sup>59</sup> Sposato. Op. cit. p. 74.

Trataremos mais à frente a justificativa de aplicação do princípio da culpabilidade no direito penal juvenil.

<sup>60</sup> “A negação histórica de um direito penal juvenil serviu desse modo para a ocultação da realidade punitiva exercida sobre a infância e juventude, sendo inquestionável a conclusão de não haver diferenças entre as penas e as medidas aplicáveis”. Sposato. Idem, p.77.

<sup>61</sup> Frise-se a distinção de inimputabilidade etária, por critério biológico, que é a considerada aqui. Relembremos que há a possibilidade de aplicação de medidas de segurança aos inimputáveis em razão de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto.

<sup>62</sup> Isso fica evidente, mais uma vez, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/1984, *in verbis*: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. 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, ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

correspondentes às punições aplicadas aos adultos. E a negação do caráter punitivo abriu margem para o arbítrio judicial na imposição desmedida de internações aos adolescentes infratores. O freio deste arbítrio será, portanto, a aceitação de um Direito Penal Juvenil, aos moldes garantistas.

Assoma-se a tal pensamento a lição de Garcia Mendez, trazia por Costa Saraiva em que:

Os adolescentes são e devem seguir sendo inimputáveis penalmente, quer dizer, não devem estar submetidos nem ao processo nem às sanções dos adultos e, sobretudo, jamais e por nenhum motivo devem estar nas mesmas instituições que os adultos. No entanto são e devem seguir sendo penalmente responsáveis por seus atos (típicos, antijurídicos e culpáveis). Não é possível nem conveniente inventar aforismos difusos, tais como uma suposta responsabilidade social somente aparentemente alternativa à responsabilidade penal. Contribuir com a criação de qualquer tipo de imagem que associe a adolescência com a impunidade (de fato ou de direito) é um desserviço que se faz aos adolescentes, assim como, objetivamente, uma contribuição responsável às múltiplas formas de justiça com as próprias mãos, com as quais o Brasil possui uma ampla experiência<sup>63</sup>

Nesse sentido, o Direito Penal Juvenil busca estabelecer bases lógicas para o reconhecimento de uma “culpabilidade” diferida, como fundamento para aplicação de medidas socioeducativas, no mesmo pensar que Claus Roxin<sup>64</sup>. As regras dogmáticas do sistema de justiça dos adultos seriam aperfeiçoadas para o sistema de justiça juvenil, que ganha o *status* declaradamente penal, no âmbito de suas garantias. Aqui estaríamos diante da aplicação de garantias também do processo penal dos adultos.

Basicamente, o Direito Penal Juvenil quer assegurar, dentro do devido processo legal, a defesa paritária dos direitos inerentes ao adolescente infrator, para que os arbítrios judiciais não lesionem direitos que o ECA deve proteger. Esse olhar é embasado na cultura penitenciária observada em algumas instituições de internamento de adolescentes infratores.

Outro ponto de discussão está na indeterminação das medidas socioeducativas aplicáveis no ECA, especialmente como diz o artigo 121:

---

<sup>63</sup> SARAIVA, João Batista Costa. Op.cit. p.59.

<sup>64</sup> Nesse intuito, a base para a construção da tese de doutoramento de Karina Sposato, já citada: “Adota-se de plano, neste trabalho, o contributo de Claus Roxin que considera perfeitamente admissível a culpabilidade do adolescente, inclusive admitindo o autor que os adolescentes sejam jurídico-penalmente responsáveis, e para tanto distinguindo conceitualmente culpabilidade de responsabilidade.” Op.cit. p.52.

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 2º. **A medida não comporta prazo determinado**, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. (grifo nosso).

Nesse caso, o juiz, de pronto, não determina qual a duração da medida socioeducativa, esta se dará ao longo de sua execução. Aqui não é utilizado, tal qual o direito penal do adulto um sistema trifásico para a dosimetria da pena, não há um critério objetivo para o estabelecimento da sanção máxima adequada ao caso concreto. Somente por meio de ciências auxiliares ao direito<sup>65</sup>, como a psicologia, psiquiatria, assistência social é que se orientará pela cessação da medida. Isso demonstra ainda um cariz de tratamento, positivista, terapêutica, aplicável na medida socioeducativa.

Por esta perspectiva de indeterminação estaríamos dentro de um correccionalismo<sup>66</sup> segundo Ferrajoli, onde a resposta é direcionada não ao ato praticado, mas ao sujeito que o praticou. Temos que, no ECA, há uma indeterminação na proporcionalidade das respostas aplicáveis, marcos genéricos diante da gravidade do ato. Esses obstáculos são relevantes, segundo Sposato, para que se possa erigir uma Teoria de Responsabilização Penal Juvenil em nosso país. Mas não é motivo impeditivo. Por seu turno a referida autora nos diz que:

A medida socioeducativa nesta perspectiva abarca a ideia de intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito, sendo que somada à negação de seu conteúdo penal permite que se sancionem não os fatos ou atos praticados, mas a subjetividade dos adolescentes e sua condição de existência. O sistema deste modo se destina a corrigir ou amputar as características inadequadas ou desviadas<sup>67</sup>.

Dessa forma, na esteira do pensamento da autora, vivemos uma atualização da pedagogia penal, como uma função não declarada do sistema de justiça juvenil. O que nos aproxima de um modelo tutelar de responsabilização do adolescente infrator.

---

<sup>65</sup> Quando falamos em ciências auxiliares, significa que, sob o olhar do Direito, estes saberes não são prevaletentes, eles possuem autonomia própria, mas não determinam as decisões jurídicas, apenas auxiliam-nas.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**, . 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.p.214.

<sup>67</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes Op. cit. p 80.

O modelo tutelar de responsabilização se baseia em alguns aspectos marcantes: negação da natureza penal, indeterminação das medidas, ausência de garantias jurídicas processuais, amplo arbítrio judicial, recusa ao critério de imputabilidade<sup>68</sup>. Para Juan Felipe Guimerá, no sistema juvenil não se aplica o modelo tutelar, o princípio da dosimetria penal, nem sua imputabilidade.

Por esse pensamento, um dos obstáculos de aceitação de um Direito Penal Juvenil está na recusa a uma imputabilidade penal do jovem infrator, especialmente pelo critério etário previsto em lei. Cirino dos Santos nos afirma que a maioria da doutrina penal no Brasil define a inimputabilidade pela idade, o que resulta o reconhecimento da incapacidade do menor de compreender a natureza criminal de seus atos a fim de determinar seu comportamento, posto que é encarado como pessoa em desenvolvimento psicobiológico.<sup>69</sup> A defesa da tese da inimputabilidade gerou críticas como as feitas por Alyrio Cavallieri, posto que o critério da inimputabilidade é etário, e não observa a capacidade do adolescente<sup>70</sup>:

A capacidade vem depois da idade, sem exceção. É o sistema universal. É lamentável que, em 1940, ao explicar o novo Código Penal, o Ministro Francisco Campos, ou alguém por ele, tenha afirmado que os menores de 18 anos, porque *imatuross*, ficavam fora da lei criminal. E todos nós, a partir de nossos professores, engolimos e repetimos essa enormidade, a afirmação de que todos os brasileiros abaixo daquela idade eram imatuross(...). Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para os seus crimes.

Esse seja talvez um dos maiores obstáculos para a afirmação do Direito Penal Juvenil brasileiro. Comparativamente o modelo adotado por outros países, segundo o espanhol Gómez Rivero, deve-se reconhecer a “imputabilidade” do menor de forma diferida para que se possa construir um sistema de responsabilidade penal dentro do sistema juvenil.<sup>71</sup>

Os aspectos ora elencados de recusa da natureza penal, indeterminação das medidas aplicadas e negação da imputação ao jovem infrator, são elementos a serem superados na construção do Direito Penal Juvenil brasileiro.

---

<sup>68</sup> HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**. Barcelona: Bosch, 2003, p. 47.

<sup>69</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Ed. 4. Curitiba: Lúmen Júris, 2005, p. 213.

<sup>70</sup> CAVALLIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente** – 395 objeções. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>71</sup> GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. In: **Revista Penal** nº9, Madrid, 2002, p.6.

Devemos, ainda, ter em observância alguns princípios que se seguem como: o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente.

No que se refere ao princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, o ECA, em seu artigo sexto<sup>72</sup> cria uma orientação interpretativa que deve nortear todo o sistema de justiça juvenil. É reconhecido que toda criança e adolescente ao ser considerado um ser humano em desenvolvimento, de sua personalidade, possui, por esse fato, uma responsabilização distinta.

O próprio ECA, ao estabelecer que as crianças não sejam passíveis de medida socioeducativa quando do cometimento de ato infracional, declara não haver uma responsabilização penal, mesmo assim, é prevista a aplicação de medidas protetivas, conforme artigo 105<sup>73</sup>. A justificativa de aplicação de uma medida protetiva, tanto para criança, quanto para adolescentes, está assentada em critérios de situação de risco pessoal ou social destes. Aos adolescentes que cometam atos infracionais é permitida a cumulação de medidas protetivas e socioeducativas, quando forem necessárias.

Assim, a imposição da medida socioeducativa implica em um processo de responsabilização distinta da dos adultos. O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento juntamente com a inimputabilidade do adolescente não impedem o exercício motivado e justificado do poder punitivo estatal, o que ocorre é a mobilização de regras e procedimentos diferenciados em comparação aos adultos.

Tal princípio importa na reafirmação do cumprimento das medidas socioeducativas, para os menores de 18 anos, em local distinto dos adultos, conforme determinação constitucional e do ECA. Tais normativas apenas reforçam qual o sentido do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nesse caso, a maneira da resposta estatal é diferenciada e para tanto os locais de execução das medidas socioeducativas também o serão.

---

<sup>72</sup> **Art. 6º** Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

<sup>73</sup> **Art. 105.** Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101

O Art 5º, XLVIII, da Constituição dispõe: A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Também nesse sentido o art 123 do ECA: A internação deverá ser cumprida, em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Ainda, o art. 185: A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

O norte principiológico descrito pelo Direito Penal Juvenil, especialmente no princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, vai ao encontro de possibilitar limites e parâmetros no âmbito da execução das medidas socioeducativas, levando-se em conta a capacidade, circunstâncias e gravidade do ato infracional praticado, além de observar o adolescente como destinatário da sanção, como um ser que pode assumir responsabilidades perante a lei. A sua condição de ser, em desenvolvimento, é que justifica a existência de um sistema de justiça peculiar, para que não se reproduzam os aspectos meramente retributivos das penas.

Outro princípio a ser levado em consideração é o princípio do melhor interesse do adolescente, que possui como orientação, diminuir as restrições aos direitos dos adolescentes infratores. Nesse caso, a medida socioeducativa enquanto resposta penal deve impactar o mínimo possível na restrição de direitos. Há a tentativa de limitação do poder punitivo estatal, impedindo a imposição de medidas abusivas como a restrição de liberdade indiscriminada.

Desse modo, o processo de socialização do adolescente deve ser observado, especialmente antes da decretação da internação provisória. É aconselhável prevalecer, no pensamento dos operadores do sistema juvenil, a lógica principiológica própria do Direito Penal Juvenil, em contraposição à lógica retribucionista do castigo. Como assevera Miguel Cillero *apud* Sposato<sup>74</sup>:

A questão das reações ante a delinquência juvenil não é um assunto que se possa resolver exclusivamente a partir da teoria do direito penal e seus limites, e sim deve ser abordada numa perspectiva jurídica, social, e política ampla (...). A ausência de uma verdadeira política jurídica social destinada a

---

<sup>74</sup>CILLERO Bruñol, Miguel. **Los derechos de los niños y los límites del sistema penal. Adolescentes y justicia penal.** Santiago (Chile): Bravo y Allende Ed. 2000 *Apud* Sposato. Op. cit.p.109

favorecer o exercício dos direitos das crianças e adolescentes produz uma hipertrofia dos sistemas de controles e reação à delinquência juvenil.

Assim, em face dos problemas enfrentados pela execução das políticas públicas para a infância e adolescência, o sistema socioeducativo deve se utilizar dos mecanismos do sistema de garantias penais e processuais penais, reconhecendo que os demais princípios penais (proporcionalidade, oportunidade, culpabilidade) possam ter aplicação subsidiárias às disposições legais, especialmente quando estas importem numa menor intervenção estatal na vida e desenvolvimento do adolescente. Nesse caso, o melhor interesse do adolescente é visto como ponto de partida para o funcionamento do sistema juvenil, de modo a evitar a excessiva intervenção estatal e, quando esta for realizada, observar-se-ão as peculiaridades da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento na aplicação de quaisquer medidas socioeducativas.

Ainda dentro do paralelismo penal, que serve de suporte para justificação principiológica do Direito Penal Juvenil, podemos recuperar garantias jurídico penais e processuais que foram abandonadas por aqueles que enxergam o Direito Juvenil fora do âmbito penal. Já consideramos aqui o princípio da legalidade aplicado ao ato infracional, tocamos brevemente no princípio da culpabilidade em um releitura adaptada para imposição de medidas socioeducativas. Podemos elencar, ainda, o princípio da lesividade e o princípio da humanidade.

O princípio da lesividade leva em consideração, no entendimento de Nilo Batista, o afastamento do Direito Penal do autor. Por conseguinte, o Direito Penal só poderá punir condutas, ações penalmente relevantes, e não punir em razão da pessoa, do autor que praticou tal ação. Aplicado no Direito Penal Juvenil, estaremos afastando a mobilização seletiva do sistema de justiça juvenil aos menores, que no modelo tutelar eram punidos pelo simples fato de serem pobres, por desvios de conduta moral. Assegura-se agora, que a punição aplicável aos adolescentes esteja correlata, apenas, com a comprovação de prática do ato infracional<sup>75</sup> lesiva aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>75</sup> Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:  
I - estar provada a inexistência do fato;  
II - não haver prova da existência do fato;  
III - não constituir o fato ato infracional;

O princípio da Humanidade está ligado à natureza das sanções penais aplicáveis.

De um modo amplo, tal princípio está referido à proporcionalidade e racionalidade das sanções que afastam seu caráter simbólico, retributivo e violadores dos direitos humanos, conforme vedação constitucional do artigo 5º, incisos III, XLVII, XLIX, onde são proibidas penas: de tortura, com tratamento desumanos ou degradantes, proibição de pena de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, cruéis, ou que violem a integridade física e moral dos presos.

No Direito Penal Juvenil, propõe-se sua aplicação na utilização da proporcionalidade e racionalidade para imposição de medidas socioeducativas, além das limitações ditas acima. A proporcionalidade reside como um limite à reação estatal em razão do ato infracional cometido, sendo vedada a aplicação de medida mais gravosa ao adolescente se comparado à pena aplicável ao adulto. Isso importa numa redução da intervenção penal na adolescência, posto que a reação estatal não deve ser desproporcional e mais violenta que a causa pela qual se quer reprimir. Algumas dessas premissas já estão presentes no ECA<sup>76</sup>, todavia, sua observância está a cargo dos juízos da infância e juventude.

O ponto chave deste princípio, humanidade, está na defesa por parte do Direito Penal Juvenil, de todas as garantias de proteção dos direitos humanos dos adolescentes, levando-se em consideração, também, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, para que a imposição de medidas socioeducativas respeitem as mesmas garantias válidas para os adultos<sup>77</sup>.

---

IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

<sup>76</sup> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

<sup>77</sup> CILLERO, Op.cit. p. 101

A partir de uma sucinta enunciação de princípios aplicáveis ao Direito Penal Juvenil nós passaremos aos próximos tópicos elencando outras justificativas, penais, para o sistema de justiça juvenil. O intuito deste pensamento consiste em construir regras que permitam uma maior segurança ao sistema, e entender que o Direito Penal, aqui, também estaria cumprindo da mesma forma, uma função subsidiária e garantista. Nesse intuito, partiremos de uma análise dos dados levantados em outras pesquisas sobre a forma de aplicação do Direito Juvenil por parte dos seus operadores que, muitas das vezes, impulsionaram a construção teórica do direito penal juvenil.

## 2.2 A PRÁTICA QUE JUSTIFICA UMA NOVA TEORIA

Para além das questões elencadas no tópico anterior, com base em pesquisas realizadas no âmbito da justiça juvenil e também aspectos doutrinários, percorreremos agora alguns caminhos que buscam trazer mais argumentos na sistematização do Direito Penal Juvenil.

Mesmo após a guinada doutrinária, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, as normas ligadas à infância e juventude, especialmente às que se referem à prática de atos infracionais, possibilitaram uma construção teórica de que a resposta estatal não deveria se pautar na lógica punitiva, do castigo. O próprio processo de especialização da justiça de menores, desde o início do século XX, buscava distinguir a maneira de tratamento entre criminosos adultos e a delinquência juvenil. A operacionalização do sistema de justiça juvenil deveria ser realizada por juízes distintos do sistema penal, com a finalidade de não trazer para a justiça juvenil a lógica punitiva, mas ajudar a construir um sistema de pensamentos com identidade própria<sup>78</sup>, diferenciado da mera retribuição e punitividade.

Um dos primeiros aspectos consiste em visualizar a prática jurisprudencial, interpretativa do ECA, especialmente na aplicação de medidas socioeducativas. O

---

<sup>78</sup> Pires, Op.cit.p.628.

ponto de referencia é a pesquisa da Professora Maria Auxiliadora Minahim<sup>79</sup> que analisou a prática judicial no campo da Infância e Juventude, em alguns Tribunais de Justiça do país. Do que se constatou na pesquisa, verifica-se a rasa fundamentação legal dos juízes na aplicação da medida de internação, esta, utilizada de forma indiscriminada, conforme a própria coordenadora da pesquisa:

As conclusões obtidas a partir da pesquisa evidenciam, aliás, a frágil base doutrinária do sistema penal juvenil, fruto ainda dos pensamentos extrajurídicos. A isto, alia-se um expressivo distanciamento entre os princípios do direito penal garantista e a prática processual, fazendo preponderar, seja pela ainda incompletude normativa do ECA, seja pela visão assistencialista da matéria, uma discricionariedade não desejável na aplicação da medida de internação.<sup>80</sup>

A base de reflexão desse tópico assenta na observação feita, na supramencionada pesquisa, como em outras, que chama atenção para a prática jurisprudencial do ECA. Ou seja, temos uma estrutura teórica, normativa, delineada, mas, no âmbito de sua mobilização por seus atores, ela ganha outra face. E em razão dessa constatação da realidade é que se chama a atenção para a necessidade de construção doutrinária do Direito Penal Juvenil, afastando a discricionariedade e o subjetivismo presentes quando da imposição da medida de internação<sup>81</sup>.

As críticas endereçadas ao ECA, vez ou outra mexem nas propostas de redução da maioria penal. Isto se dá pelo juízo valorativo de que o adolescente pratica infrações penais, mas recebe uma resposta não-penal, logo, se ele possui a capacidade de praticar um ato penal, deve possuir a capacidade de suportar uma pena.

Em algumas decisões analisadas por Minahim não houve a devida observação dos critérios legais do ECA, o que implica em um poder discricionário do magistrado

---

<sup>79</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes. **Série Pensando o Direito**. n.º 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

<sup>80</sup> Idem. p.6.

<sup>81</sup> A metodologia baseada naquela pesquisa em comento chama a atenção, antes mesmo de declarados seus resultados, especialmente na seguinte passagem que revela uma reprodução do senso comum, até mesmo no âmbito dos tribunais, quando isso não é aconselhável de ocorrer: “Foi possível, então, extrair o discurso dominante presente nas fundamentações das decisões, princípios e argumentos que aparecem de forma recorrente na jurisprudência brasileira, quando o tema é a imposição de medida socioeducativa de internação de adolescente autor de ato infracional, e que, com frequência, revelam posicionamentos ideológicos, valorativos, extrajurídicos que, alheios ao mundo do direito, coadunam-se com as visões do senso comum sobre a criminalidade em geral e, em particular, sobre a delinquência na adolescência”. Idem. p.18

muito alto, causando arbítrios injustificáveis tecnicamente. Há uma crise de interpretação dos dispositivos legais e uma distância enorme em sua implementação. No dizer de Ovídio Baptista, há um abismo entre o direito contido nos livros, e na lei, com o direito praticado no fórum e implementado<sup>82</sup>. A título de exemplo, podemos transpor alguns trechos de decisões de Tribunais de Justiça, na apreciação de alguns recursos.<sup>83</sup>

**A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização** do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação - perseguida pelo apelante -, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou – ainda que informalmente -, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada (...)

**O princípio da insignificância não pode ser transportado para a esfera da infância e juventude**, no qual vige o princípio da proteção integral. Aliás, os procedimentos previstos para aplicação das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser considerados constrangedores, pois visam justamente à aplicação do princípio da proteção integral”

Beneficiar o adolescente com medida mais branda só o prejudicaria, pois continuaria a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas da vida infracional

Alto nível de **periculosidade** do adolescente reforça ainda mais a necessidade de intervenção. Privado de liberdade o jovem aparenta bom comportamento; por outro lado, em meio aberto revelou atitudes totalmente divergentes daquelas apresentadas no cense. Abandono da escola e usuário de drogas

Conduta do adolescente apelante evidencia o seu **profundo desajuste social**, impondo-se que se lhe ofereça a oportunidade de assimilar novos valores, reflita sobre o ocorrido, mediante acompanhamento intensivo que somente a internação possibilita.<sup>84</sup> (grifos nossos).

Escolhemos esses trechos para que façamos algumas considerações pertinentes e que, também, foram alvo de críticas por parte da idealizadora de tal pesquisa. Os

<sup>82</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 20.

<sup>83</sup> Não adentraremos no tipo de recurso utilizado, acolhimento, rejeição do mesmo. Tais perspectivas foram analisadas no relatório técnico da pesquisa mencionada. Apenas analisaremos descritivamente o discurso que embasa a decisão tomada pelos magistrados.

<sup>84</sup> Todos os trechos das respectivas jurisprudências foram analisados na pesquisa da Professora Minahim. Ver em: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes. **Série Pensando o Direito**. n° 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010. p. 18, 27, 31 e 35.

Tribunais ainda reproduzem conceitos de estigmatização do adolescente, presentes na etapa tutelar, onde o infrator é tido como pessoa com desvio moral, titular de uma periculosidade e, portanto, a mobilização do sistema socioeducativo deve impor sua ressocialização por meio de práticas educativas.<sup>85</sup>

As justificativas da internação são frágeis e desconsideram a própria normativa do ECA, especialmente quando se nega a aplicação do princípio da insignificância, que, em benefício do adolescente infrator, deveria tal tese de defesa ser acolhida. A sua recusa afasta a implementação de garantias processuais penais, especialmente por desconsiderarem a aplicação subsidiária de outras normas, como elenca o artigo 152 do ECA: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Outro contra-senso é justificar a internação como meio de ressocialização. No trecho citado anteriormente, o fato de o adolescente “durante o curso processual não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada”, implicou na errônea conclusão pela internação. É preferível restringir a liberdade como meio de ensinar a conviver com ela? Tal frase soa muito prolixa, paradoxal, mas revela um vício pela aplicação da internação, com uma negativa de que esta não possui um caráter punitivo, em detrimento de outras medidas socioeducativas.

As categorias de periculosidade, desajuste moral e social revelam uma interpretação jurídica com base em qualidades pessoais dos adolescentes, o que destoia da regra pela qual deve ser aplicada a sanção em razão do ato praticado, e não em razão do autor. Em consonância, paralela com o Direito Penal do autor. Nesse caso, estamos diante de uma acepção discricionária, reforçando um viés punitivo, sem o estabelecimento de regras concretas.

Podemos perceber que o sistema juvenil carece de mecanismos interpretativos, com embasamento doutrinário que evite distorções na aplicação das medidas socioeducativas. Estamos falando de aspectos técnicos, do direito material e processual no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. A atual interpretação

---

<sup>85</sup> Adentraremos mais adiante, especificamente no próximo capítulo, sobre a tensa relação entre educação e punição no âmbito das medidas socioeducativas.

judicial da legislação juvenil afasta a aplicação de garantias penais, e princípios que estabeleceriam limites ao uso da medida de internação, obedecendo ao princípio da excepcionalidade insculpido no ECA.

Existirá assim, uma fragilidade técnica no ECA que permite a valoração arbitrária por parte da prática judicial. Dessa forma, o sistema em si carece de critérios objetivos de responsabilização do adolescente infrator que, conseqüentemente, violam direitos basilares dentro do procedimento de apuração do ato infracional (aqui, tomando-se por referencia o processo penal dos adultos).

Desse modo, o que o Direito Penal Juvenil traz, reforçando o que foi dito, é uma clareza e objetividade, com norte nas garantias penais e processuais penais do Direito Penal, para construir critérios interpretativos, desde o procedimento de apuração do ato infracional até a imposição de medidas socioeducativas.

A definição da medida socioeducativa de internação está prevista no artigo 122 do ECA, sendo a mais grave delas por interferir diretamente na liberdade do jovem. Esta dispõe:

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º – Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º – A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º – Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º – Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º – A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

§ 6º – Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Argumenta-se a sua aproximação com a pena de restrição de liberdade (obviamente). Os critérios de sua aplicação estão previstos no referido artigo, quais sejam:

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.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Desse modo, percebemos o sentido de algumas bases para o Direito Penal Juvenil já que a observância da aplicação das medidas socioeducativas deve guardar correlação com o ato praticado, no que tange à sua brevidade, excepcionalidade declaradas no próprio estatuto<sup>86</sup>. Especialmente, quando na pesquisa referida acima sobre a prática judicial, verificou-se um olhar estereotipado do jovem infrator, abrindo mão de critérios técnicos e principiológicos contidos no ECA.

Com estas breves observações percebemos a distância do campo hermenêutico com a essência do texto normativo da legislação juvenil. Por esta razão, a tentativa que o Direito Penal Juvenil busca é dar um critério de objetividade na prática judicial, e pontos de interpretação condizentes com a finalidade do estatuto.

O título deste tópico “A prática que justifica uma nova teoria” nos remete a buscar uma sistematização do Direito Penal Juvenil que modifique a amplitude e práticas de arbitrariedades dentro do sistema de justiça juvenil. Dessa maneira, ele se funda no estabelecimento de garantias penais e elevação desse ramo do direito como parte integrante do Direito Penal. Por conseqüência terá que se erigir conceitos e uma dogmática consoante com a prática de atos infracionais e a resposta sancionatória, para isso, é necessário um pensamento de responsabilização penal dos jovens. O objetivo é evitar decisões judiciais que não comportem os princípios do estatuto e criem uma punitividade desnecessária violadora de direitos. No dizer de Sposato, tal construção teórica é urgente:

Muito embora se possa reportar a existência de um modelo de justiça juvenil no ordenamento jurídico brasileiro, há carência de uma construção doutrinária a respeito, que possa exercer auxílio interpretativo e sanar as enormes disparidades na compreensão do que é o ato infracional, do que são as medidas aplicáveis e, sobretudo, de como se sustenta a responsabilização dos menores de idade.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 39

<sup>87</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes** Op. cit. p. 123

Assim, é necessário sanar a fragilidade dogmático-jurídico penal no que toca a responsabilidade penal do adolescente. Tema este que brevemente explanaremos no próximo tópico.

### 2.3 RESPONSABILIDADE PENAL DOS ADOLESCENTES

Primordialmente, para que se fundamente na doutrina brasileira a existência de uma Teoria que estruture a responsabilidade penal dos adolescentes, se faz necessário estruturar alguns elementos. O primeiro deles é a definição de um Direito Penal Juvenil. Por conseguinte, o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa as conseqüências da culpabilidade de imputabilidade para a menoridade penal devem ser trabalhadas.

Claus Roxin já nos revelou em seu “Tratado de Direito Penal” que o Direito Penal Juvenil se revela como um campo próprio do Direito, embasado não por suas normas, mas pela qualidade especial do autor<sup>88</sup> (criança e adolescente infratores), conforme dito no tópico anterior. Na concepção de Karina Sposato, é uma posição pacífica da doutrina internacional que este ramo, considerado subsistema do Direito Penal, corresponde a um conjunto de regras que versam sobre a responsabilização penal dos menores infratores. Tais normas, por pertencerem ao Direito Penal, contemplam o mesmo sistema de garantias e limites o exercício do poder punitivo do estado.<sup>89</sup>

No caso do Direito Penal Juvenil, seus fundamentos principais residiriam no estabelecimento de uma idade mínima da responsabilização especial do adolescente – que, no nosso caso, é a idade mínima de 12 (doze) anos – incorporar regras de garantias que limitam o poder punitivo e direcionam a reação estatal na delinquência juvenil, de modo que, por meio das medidas aplicáveis haja a devida integração social do infrator e respeito pelos direitos da criança e do adolescente.

Quando falamos do ato infracional em si, do ponto de vista material, o Estatuto da Criança e do Adolescente o define no artigo 103, sendo qualquer conduta descrita

---

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General** - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. op. cit. 85

<sup>89</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Op.cit. p. 126

como crime ou contravenção penal. Assim, apenas será considerada uma conduta infracional se esta contiver todos os elementos descritivos que configuram e definem o crime e a contravenção penal.

Dito isso, a análise sobre quais condutas preenchem o requisito de serem ato infracional serão pautadas nos elementos de definição do crime e da contravenção penal, por isso afirma ser o ato infracional uma conduta típica, antijurídica e culpável (punível/reprovável)<sup>90</sup>. Isso confirmaria uma visão penal do sistema de justiça juvenil.

Noutro ponto, que toca a natureza jurídica da medida socioeducativa, nessa esteira de pensamento, possui uma inegável natureza penal por representar o exercício do poder punitivo estatal e restringir ou privar a liberdade do adolescente infrator. Anteriormente dissemos no pensamento de Roxin que a função do Direito Penal Juvenil se estabelece em razão da condição especial de seu autor, logo, as condutas praticadas, tanto por adultos, quanto por adolescentes, não diferem, apenas a resposta estatal é distinta. Mesmo assim, neste pensamento, a medida socioeducativa possui o viés de controle social, também dado à pena aplicável aos adultos, e ainda, com a finalidade preventiva especial.

Diante dessa prevenção especial, pautada no princípio da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, o qual o paradigma da proteção integral nos trouxe, no sistema de justiça juvenil não há correlação prévia entre o ato praticado e a sanção devida. Na lição de Sotto Maior Neto:

Por outro lado, a aplicação de medida socioeducativa não está vinculada aos parâmetros traçados no Código Penal para a dosimetria da pena (o chamado sistema trifásico de fixação da pena), nem mesmo à análise das denominadas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas sim a princípios próprios indicados nos artigos 112, parágrafo 1º e 113 combinados com os artigos 99 e 100 todos do ECA (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)<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> SPOSATO, Karyna Batista.op.cit.. 132

<sup>91</sup> SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. “Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional”. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. op.cit., p.140.

Disso significa ser, pelo entendimento de alguns doutrinadores da área, de natureza penal a medida socioeducativa, visto que escolhe as mesmas condutas antijurídicas passíveis de pena.

Essa leitura, sob as lentes do direito penal, no âmbito do sistema de justiça juvenil, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo<sup>92</sup> não se filia à doutrina do Direito Penal Juvenil, em que pese, tal texto legal, adotar princípios norteadores básicos relevantes na perspectiva penal da medida socioeducativa, o que antes era impensável.

Outras visões negam o caráter essencialmente penal da medida socioeducativa. Admitem uma posição híbrida onde a medida seria pedagógica-sancionadora, ou seja, na aplicação da medida se deve observar sua correspondência pedagógica e sancionadora concomitantemente. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a medida socioeducativa será aplicada em razão da capacidade do adolescente de cumpri-la, circunstância e gravidade da infração<sup>93</sup>.

Apesar disso, há uma tensão entre a visão pedagógica da medida e a visão mais tutelar, que consiste numa perspectiva mais dogmática penal juvenil garantista. Segundo Antonio Carlos Gomes da Costa, há níveis de exigências para a medida socioeducativa que devem corresponder a duas ordens de entendimento. Simultaneamente, a medida corresponde a uma resposta que a sociedade deve impor, quando uma conduta delitiva é praticada pelo adolescente – esta seria a visão mais dogmática – de outro lado, ao mesmo tempo, esta resposta deve vir acompanhada para contribuir com o desenvolvimento do adolescente, como pessoa e cidadão – perspectiva esta, pedagógica – desse modo, o ponto em comum, para que se diminuam tensões, é construir sobre qual o processo de responsabilização do adolescente que convirjam tais perspectivas<sup>94</sup>.

Pelo que já se falou, admitir-se-á que a medida socioeducativa é uma consequência jurídica derivada do delito, enquanto modalidade específica desta.

---

<sup>92</sup> FRASSETO, Flávio Américo. Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução. In: **Matriz Curricular De Formação Continuada Do SINASE**, no prelo, 2011

<sup>93</sup> Art. 112, parágrafo primeiro do ECA.

<sup>94</sup> COSTA. Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócios-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.p.37

Para que se legitime a consolidação do Direito Penal Juvenil, tais conclusões acima referidas demonstrariam que, tanto este ramo do direito, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, estão em consonância com os preceitos do Estado Social Democrático de Direito. Tal assertiva está no pensamento de Mir Puig<sup>95</sup>, em que o Direito Penal (também o Juvenil) observa os ditames do Estado Social Democrático de Direito ao atribuir à pena a função preventiva dos delitos; pela recusa clara ao retribucionismo punitivista enquanto exigência ética e jurídica de punição e, por último, ao critério de subsidiariedade do Direito Penal, limitada aos casos de proteção necessários aos cidadãos.

Essas limitações na aplicação da justiça, seja na inteligibilidade do Direito Penal Juvenil, tanto – em nossa percepção – o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, estão de acordo com as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Conhecidas como regras de Beijing, foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985, especialmente pontuaremos a seguinte normativa:

- a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade;
- b) As restrições da liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;
- c) Não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;
- d) O interesse e bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

Nosso ordenamento jurídico, na seara juvenil, adota tais medidas, especialmente ao se estabelecer o SINASE. Ainda, tais alíneas correspondem a princípios basilares do processo penal que cristalizam garantias ao procedimento neste ramo do direito, como a proporcionalidade, culpabilidade, respeito à condição peculiar do adolescente, intervenção mínima, excepcionalidade da internação, orientação da medida com base no melhor interesse para o adolescente.

---

<sup>95</sup> MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en El Estado Social y Democrático de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p.80.

Passaremos, agora, a discutir aspectos da imputabilidade e “culpabilidade” no âmbito da menoridade penal, para que possamos fechar a construção feita por doutrinadores do Direito Penal Juvenil que colocam estes elementos como justificativa estruturante de uma Teoria de Responsabilização Penal Juvenil

A máxima latina *nulla poena sine culpa* é basilar para o princípio da culpabilidade, ela é o que distingue imputáveis de inimputáveis e representa um dos pilares do Direito Penal. Basicamente, os manuais de Direito Penal ensinam que a distinção comum indica que os imputáveis são sujeitos capazes de culpa e os inimputáveis como incapazes de culpa. Com base na culpa é que o sistema penal erige a necessidade de aplicação da sanção, estabelecendo em sentido amplo tanto o seu fundamento e limite<sup>96</sup>. Tal pressuposto acaba por ser afastado na imposição de medidas socioeducativas aos adolescentes infratores.

Nesse sentido, a dogmática presente busca uma revisão, de modo que a dogmática do Direito Penal juvenil acaba por adotar, como ponto de partida, a interpretação de preceitos penais atinentes aos efeitos da culpabilidade e imputabilidade aos menores de idade e à maneira como o estado compreende sua responsabilização<sup>97</sup>.

O critério adotado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro determina a divisão entre imputáveis/inimputáveis, no âmbito da maioridade penal, pelo critério etário. Por seu turno, surgem questões no âmbito dogmático que usam tal marco temporal para justificar a negação de capacidade de culpabilidade dos menores e a diferenciação entre a natureza das penas e das medidas socioeducativas. Esta divisão coloca os imputáveis sob o manto do Direito Penal clássico da culpabilidade e de outro lado, o direito da “periculosidade” embasado pelo positivismo criminológico aos inimputáveis.

Zaffaroni chama a atenção para a existência de uma fraude de etiquetas, onde o sistema penal nega o caráter punitivo a outros mecanismos de controle social, contudo, tais sistemas de controle atingem a liberdade dos indivíduos e mesmo

---

<sup>96</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Reus, t.2, p. 390.

<sup>97</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.60

assim não possuem o cariz punitivo (ao menos enquanto função declarada)<sup>98</sup>. O autor supramencionado intitula tais sistemas de controle como sistemas penais paralelos, que não estão alheios ao Direito Penal, muito pelo contrário.

A fórmula jurídica da imputabilidade embasada no critério cronológico (etário), segundo a Professora Maria Auxiliadora Minahim, demonstra que tal critério não conseguiu uma solução definitiva. Em verdade ocorrem polêmicas e contradições posto que as legislações, na seara penal, acabam por relevar o sentido dominante no tratamento com a questão das condutas infracionais praticadas por crianças ou adolescentes<sup>99</sup>.

Tal pensamento é consonante com os parâmetros de responsabilização penal dos menores que, historicamente, são três: critério psicológico, biológico ou cronológico (etário) e o misto. Primeiramente, o psicológico leva em consideração a capacidade de discernimento do menor de idade quando do cometimento do ato infracional; o segundo utiliza-se, apenas, do estabelecimento de um limite de idade, abaixo dele estaria excluída a responsabilidade criminal; por fim, o critério misto se utiliza dos dois critérios, onde não basta, apenas, possuir determinada idade, mas também se tem como, elemento determinante, a capacidade de discernimento para a compreensão da ilicitude do ato cometido<sup>100</sup>.

Nosso ordenamento, como já dito em diversas passagens deste trabalho, adotou o critério biológico ou cronológico (etário) para estabelecer a inimputabilidade e conseqüentemente a exclusão da responsabilidade penal dos adolescentes. Tal perspectiva é passível de críticas.

A adoção do critério biológico, no momento de especialização da matéria do Direito das Crianças e Adolescentes permite superar, como causa de inimputabilidade, o aspecto psicológico (critério do discernimento), de modo que o elemento cronológico sana qualquer dúvida sobre as capacidades intelectivas ou sobre a vontade do sujeito na compreensão de sua conduta ilícita. Essa compreensão etária da inimputabilidade pode ser albergada pelo princípio da legalidade, que estabelece

---

<sup>98</sup> Eugenio, Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 772.

<sup>99</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade do menor**, op. cit., p. 48.

<sup>100</sup> SPOSATO, Op.cit. p. 28

aberturas para que o pensamento correcionalista, ou a visão tutelar do menor, justifique a intervenção estatal na sua reeducação, com o discurso de se constituir um sistema não penal. As legislações em si, nesta matéria, estão orientadas por uma linha de prevenção especial e proteção do menor.

Sobre o aspecto de responsabilização penal dos menores, devemos observar, como pontua Anina<sup>101</sup>, uma diferenciação da capacidade de entendimento ético-jurídico sob a ótica psicológica, universal, da capacidade necessária para a aplicação de uma sanção de acordo com a legislação penal de cada país.

Assim, o cerne de discussão sobre os critérios de estabelecimento da imputabilidade não revela a opção de negar a especialidade do Direito Juvenil, em sua forma estrutural, nem tampouco compreender os adolescentes infratores como merecedores de uma reação estatal, como se adultos fossem no cometimento de delitos.

O problema maior do Direito Penal Juvenil é construir um Sistema Próprio de Responsabilidade para os menores de idade<sup>102</sup>, diferente do sistema adotado pelos adultos. Isso é conglobar o sistema de garantias democráticas do processo penal, superando práticas institucionais arbitrárias no âmbito judicial da infância e juventude que viessem pelo aspecto meramente correcionalista e preventivo especial subvertida na visão de Ferrajoli<sup>103</sup>.

Além do elemento imputabilidade, é de suma importância para o Direito Penal Juvenil buscar discutir o conceito de culpabilidade e sua valoração dogmática. É notável a correlação entre imputabilidade/culpabilidade, em que somente se verifica a culpabilidade em sujeitos considerados imputáveis, havendo na verificação do

---

<sup>101</sup> LAHALLE, Anina. "As regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores". São Paulo: **I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores**, 1989

<sup>102</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 58 – janeiro/fevereiro de 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 135

<sup>103</sup> Para Luigi Ferrajoli, a partir da segunda metade do século XIX é que se desenvolvem legislações penais essencialmente correcionais, pautadas na ótica da pena como medicina da alma – mal concreto da pena, para produzir um bem abstrato. Neste momento de consolidação do positivismo criminológico, delito e patologia possuem uma correspondência necessária, e a pena seria o seu tratamento devido. Essa noção se baseia num pedagogismo penal e na percepção do poder punitivo enquanto um bem superior, metajurídico. Esta visão abre espaço para extremismos na expansão do direito penal em que o Estado é terapeuta, pedagogo, tutelar, FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría Del Garantismo Penal**. Madrid Trotta, 1989. p.389.

juízo de culpabilidade, a comprovação anterior da imputabilidade. Só é culpável o sujeito imputável.

Desse pressuposto, nega-se veementemente o reconhecimento de imputabilidade aos menores infratores, o que impede o estudo da culpabilidade para tais atores. Disso decorre a possibilidade de violação de direitos a estes indivíduos, já que na tradição do Direito Penal liberal o elemento básico, culpabilidade, é central como limite e fundamento na aplicação de sanções com o intuito de barrar o abuso do poder punitivo estatal e assegurar os direitos humanos e fundamentais do indivíduo apenado.<sup>104</sup>

Por este entendimento, a justificativa do estudo da culpabilidade e extensão deste conceito para a dogmática do Direito Penal Juvenil reside no fato de que a responsabilidade penal dos adolescentes, quanto dos adultos, são originárias da mesma “fonte”, ou seja, na prática de uma ação ou omissão típica e antijurídica.

Por estes aspectos, na esteira de Boldova Pasamar<sup>105</sup>, citado por Sposato<sup>106</sup>, há premente necessidade de uma culpabilidade específica para os adolescentes:

Na opinião de Boldova Pasamar, necessário pois é considerar que se a imputabilidade do menor de idade não é completa, é uma **imputabilidade sui generis**. Não meramente uma imputabilidade diminuída (independentemente de que seja também possível apreciar no adolescente outra causa de inimputabilidade completa ou incompleta). A tese de Pasamar parece ajustar-se perfeitamente ao que tem-se discutido até o presente momento: a imputabilidade, na acepção etimológica, de atribuir, atribuir responsabilidade ao adolescente pelo cometimento do delito, dentro de limites e levando-se em consideração variados aspectos. Destaque-se que a imputabilidade tem uma série de fatores condicionantes: elementos que influem sobre a capacidade de entender e querer, e por isso, é possível afirmar que na imputabilidade concorrem fatores de ordem biológica, psicológica, e inclusive sociológica, na medida em que contribuem para conformar a capacidade intelectual e volitiva necessária para ser imputável. (grifos nossos).

---

<sup>104</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. **O Conceito material de culpabilidade – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: JusPdivm, 2010, p.13

<sup>105</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. “La responsabilidad penal de los menores”. In: GRACIA MARTÍN, Luis. (coord.) **Lecciones de Consecuencias jurídicas del Delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p.447

<sup>106</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes** – 2011 p.164

A inimputabilidade etária não excluiria algumas características próprias da imputabilidade e da culpabilidade. Desse modo, é perceptível que o jovem infrator possui a capacidade de orientar-se e compreender o significado do seu comportamento, também possui a capacidade de querer, ou seja, de controle de seus atos e determinar sua conduta com base numa concepção de valores. Chega-se à noção de que tal indivíduo possui a capacidade de entendimento do significado de seus atos. Assim, defende-se que o adolescente possui uma *imputabilidade sui generis* que tem, por efeito, a possibilidade de assumir uma resposta penal, decerto diferenciada dos adultos em qualidade e quantidade.

Para que se fundamente a utilização do conceito de culpabilidade no Direito Penal Juvenil sua redefinição é necessária. Aqui, adota-se a noção de Claus Roxin que orienta sua doutrina onde a culpabilidade serve como mecanismo de limitação das sanções jurídico-penais; sua função é político-criminal com vistas a evitar o abuso das penas.

Por seu turno, Claus Roxin engloba a culpabilidade ao seu conceito de Responsabilidade, entendimento também defendido por Sposato. Esta seria a culpabilidade do sujeito combinada com a função preventiva da sanção penal, sua base é empírico normativa, visto que em cada caso, é preciso verificar a possibilidade de autocontrole e conhecimento da norma por parte do sujeito<sup>107</sup>. Então, seus pressupostos estariam atrelados ao conhecimento da antijuridicidade e a própria culpabilidade.

Para além de outras concepções da culpabilidade na dogmática penal, para fecharmos as bases desses entendimentos, salientamos que no Direito Penal Juvenil o princípio da culpabilidade é de suma importância. Isso é notório em vista de que, no Direito penal juvenil, há um amplo espaço de discricionariedade por parte da atividade judicial com a falta de correspondência entre o ato praticado e a sanção estabelecida. De modo que, se o princípio da culpabilidade for imposto como condição de legitimidade da resposta penal, cumpre seu papel de limite a abusos do arbítrio judicial.

---

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, Madrid: Réus, 1981, p.150.

A aceitação do princípio da culpabilidade parte da doutrina espanhola de Couso Salas<sup>108</sup>, onde toda pena prescinde de culpabilidade, inclusive aquela aplicada aos inimputáveis, ela deverá reger toda reação punitiva. Consequentemente, o acolhimento da culpabilidade, neste ramo do direito, serve de garantia e proteção do adolescente infrator diante do poder punitivo do estado, trazendo elementos éticos, racionais que impeçam a seletividade dentro deste sistema. Logo, não se estaria violando direitos ao se adotar esse critério na responsabilização do adolescente, pelo contrário, se estaria ampliando o rol de garantias jurídicas penais, dando mais proteção ao adolescente e segurança jurídica ao sistema de justiça juvenil.

Por fim, é premente a necessidade de reconhecimento de um sistema próprio de responsabilização para os menores de idade, embasado de maneira diferenciada do modelo dos adultos, mas que se consolide como um sistema de garantias. Tal sistema engloba regras democráticas do processo legal, diminuindo práticas institucionais abusivas que são resquícios da atuação correcionalista e tutelar do menor infrator;

Para isso, a “Responsabilidade Penal do Adolescente”, e a estruturação do Direito Penal Juvenil reconhecem que a inimputabilidade etária não afasta a definição de regras de imputação do ato infracional e, por resultado, o estabelecimento de uma culpabilidade diferenciada a estes sujeitos. Isso supõe afirmar que a inimputabilidade não exclui a responsabilidade do adolescente por seus atos. Logo, esta responsabilização englobaria a culpabilidade e imputação de modo específico, seria, portanto, declarar e sistematizar o Direito Penal Juvenil com uma construção dogmática própria que rompe barreiras, que segundo Sposato:

A resistência em reconhecer um modelo penal de responsabilidade de adolescentes constitui não apenas uma fraude de etiquetas que dá margem à distorções conceituais como constitui fator impeditivo para o devido avanço doutrinário e elaboração teórica e doutrinária que deveriam de forma mais consistente enfrentar o tema da imputabilidade dos menores de idade. A ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores de idade permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares forma generalizada tem favorecido a percepção na

---

<sup>108</sup> COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y Metodología**. Valencia:Tirant lo Blanch, 2006. p.359.

opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução.<sup>109</sup>

Assim a construção desse subsistema penal está voltado na cristalização de garantias penais no âmbito desse microssistema de justiça. Se se o reconhece como parte integrante do Direito Penal, é imperioso instituir em seu sistema as garantias e limites do exercício do poder punitivo e sancionatório do estado, estabelecendo suas regras dentro do Estado Social Democrático de Direito.

Nesse sentido, após delinear os alguns apontamentos da construção dogmática deste ramo do Direito Penal, e as justificativas de aproximação declarada do Direito Penal e do Direito Juvenil, passemos a uma discussão mais além.

Podemos verificar que o esforço positivo de construção doutrinária do Direito Penal Juvenil possui uma lógica de pensamento distinta. Em verdade, àqueles que defendem esse “novo” direito, não mais fazem que exergarem o direito da criança e do adolescente por meio de uma lente penal, e a partir dela, e seus princípios, declaram a função punitiva do ECA. Aqui, não estamos ainda tomando parte desse pensamento, apenas descrevendo sua maneira e lógica de pensar a resposta estatal.

De fato, se a medida socioeducativa é sanção penal, deve receber dela as mesmas conquistas garantísticas pela qual o Direito Penal dos adultos passou. E se, a história do Direito Penal é a história de sua limitação, é com base nestes limites que os autores do Direito Penal juvenil enxergam a imposição das medidas socioeducativas, devem ser limitadas. Tal caminho é percorrido com a incorporação, creditada pelo ECA, de legislações subsidiárias; no caso aqui, olha-se para os princípios penais e processuais penais, desde que os mesmos ampliem direitos dos adolescentes infratores.

O modelo de justiça penal juvenil, dessa maneira, adota como referência teórica os limites do Direito Penal e Processual Penal. Utiliza-se do princípio da culpabilidade, diferencia, para justificar a decisão que imponha uma medida socioeducativa. Além disso, na própria normativa do ECA, o juiz deverá observar outros princípios, como os princípios da humanidade, lesividade, excepcionalidade, brevidade, condição

---

<sup>109</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Op.cit. p.206

peculiar da pessoa em desenvolvimento, legalidade, melhor interesse da criança e do adolescente.

A sistemática de pensamento, para que se quebre uma lógica tutelar de intervenção estatal na vida do adolescente infrator, perpassa admitir por meios das práticas cotidianas do funcionamento do sistema de justiça juvenil a necessidade de limites objetivos, estes presentes no Direito Penal. Assim, com essa construção doutrinária se estaria a promover um sistema de justiça mais seguro, com a redução dos subjetivismos dos magistrados e aumento das garantias processuais para os adolescentes infratores.

A partir dessas reflexões iremos debater, nos próximos capítulos, a respeito de um novo modelo de justiça que influencia, tanto o sistema punitivo dos adultos, quanto o sistema de justiça juvenil: falamos da Justiça Restaurativa. Em meio à busca por mecanismos que pensem o Direito Penal e ressignifiquem a resposta para um modelo não retributivo, nos colocamos diante dessa discussão e, talvez, de uma nova maneira de pensar a justiça penal, para então verificarmos qual aproximação deve influir para a modificação do sistema de justiça juvenil, observando as garantias que lhe são imprescindíveis

### 3. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA PENAL?

Em continuação com nosso trabalho trazemos a lume algumas questões que importam para compreendermos a construção do sistema de justiça juvenil brasileiro, bem como nossa proposta de entendê-lo como um sistema de justiça restaurativo. O movimento doutrinário que pontua o direito penal juvenil, com a lente focada no sistema de garantias do direito penal dos adultos, nos chama a atenção pela influência daquele saber punitivo para como a maneira de sanção penal deve ser adaptável e limitada aos adolescentes infratores.

Por esse movimento, neste capítulo buscamos demonstrar outra maneira de construção da sanção penal: a justiça restaurativa e, por meio de suas bases e princípios como ela se coloca enquanto um modelo crítico ao sistema penal. Por conseguinte, iremos continuar nossa pesquisa elencando alguns reflexos sobre esse novo modelo de justiça e sua viabilidade no sistema de justiça juvenil brasileiro.

Nessa toada, a disposição de nosso capítulo busca esclarecer alguns elementos centrais do modelo punitivo estruturado pelo direito penal, que, de toda sorte, impacta na forma como se pensa a punição dos adolescentes infratores. E quando falamos em modelo punitivo, estamos como norte teórico a “Racionalidade Penal Moderna” (RPM) sintetizada pelo criminólogo Álvaro Pires. Essas referências servirão para abrimos terreno de discussão sobre a Justiça Restaurativa e o que ela se propõe a realizar.

Discutir um Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo passa, antes, por critérios de entendermos o Sistema de Justiça Penal dos adultos<sup>110</sup>, suas falhas, questões críticas a fim de que não se haja uma mera transposição de “garantias” e rótulos penais, criando o que se chamou de “direito penal juvenil”. Resolver as falhas de um sistema de justiça não passa por nomeá-lo simplesmente por “penal”, se se reproduz uma forma de pensamento que hoje é combatida em diversas frentes, das quais, o modelo de Justiça Restaurativa se coloca.

---

<sup>110</sup> Aos nos referirmos a um Sistema de Justiça Penal dos Adultos estamos lidando com um conjunto de regras, normas penais, processuais, garantísticas, órgãos de controle, executores que estruturam e limitam o poder punitivo estatal. É um sentido lato de compreensão desse sistema que deve atuar, de forma harmônica, para assegurar a imposição e cumprimento da sanção penal.

Faremos alguns adendos de características do modelo restaurativo frente ao sistema penal como novo paradigma. Para isso, pincelaremos alguns elementos sobre a Racionalidade Penal Moderna e seus obstáculos de superação. Justifica-se o debate no sistema penal dos adultos para passar ao sistema juvenil, visto que aquele possui uma notória influência na construção dogmática do sistema juvenil, como discutido no capítulo anterior. Por conseguinte, faz-se necessário pontuar as possibilidades de integração do modelo restaurativo e o sistema juvenil, bem como a aplicação de medidas socioeducativas por meio do SINASE.

### 3.1 SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: BREVES COMENTÁRIOS

Antes de adentrarmos ao tema Justiça Restaurativa, faremos um sucinto comentário sobre o contexto histórico e principais ideias do sistema de justiça penal vigente, que é representado por um modelo de Justiça Penal Retributiva.

Nosso aspecto de análise sobre a Justiça Penal perfaz o recorte histórico observado por alguns teóricos da Justiça Restaurativa, com um marco específico do século XVIII. Nesse período, observamos que o encarceramento nas prisões foi erigido como o modelo comum de punição, tornando-se uma “evolução” do sistema penal; vê-se, de forma clara, essa concepção pela obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir”. As penas aplicadas em praças públicas, como modelo de prevenção geral e demonstração de força do soberano não tinham mais lugar entre os ideais libertários da Revolução Francesa<sup>111</sup>. A sociedade passou assim de uma pena espetacularizada, em que o corpo do criminoso era o objeto que sofria a pena, para, mais humanamente, aplicar a pena retirando-o do meio social, surrupiando sua liberdade.

A construção de um direito penal, na concepção hodierna, se confunde com a própria criação do Estado Moderno. Um conhecido teórico da Justiça Restaurativa, Howard Zehr, analisa como o processo de construção da Justiça Penal está

---

<sup>111</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. p.54

interligada com o fortalecimento da “vingança pública”, tomada do poder punitivo por parte do Estado, e o gradual afastamento da vítima do processo<sup>112</sup>.

As transformações paradigmáticas da justiça penal impactam em mudanças no conceito de crime, vítima e resposta penal. De maneira simplista, hoje o crime é entendido com uma violação a uma norma penal e, por conseguinte, o autor deverá ser punido por meio da mobilização do sistema penal estatal detentor legitimado do *jus puniendi*. Dessa maneira, a construção dos códigos penais naturalizam a necessidade e a inevitabilidade da resposta penal retributiva.<sup>113</sup>

Os modelos de respostas aos conflitos gerados no seio das comunidades, desde o período medieval até a modernidade, consagram-se na chamada “Justiça Comunitária”. O crime era enxergado e analisado sobre uma perspectiva interpessoal, na maioria de suas ocorrências. Assim como em procedimentos da ordem do direito civil, preponderava a idéia das obrigações geradas pelas condutas cometidas, o foco era no dano causado pelo autor, para além da conduta enquanto violadora da ordem social e moral, ou de forma abstrata, das leis. Dessa maneira, a vítima possuía um papel central neste processo<sup>114</sup>.

O recorte comum realizado por manuais de Direito Penal, em sua maioria, localizam esse período como a fase e “evolução” da justiça penal. Temos a consagração de uma justiça pública, racionalizada, útil, legítima em detrimento de uma justiça penal privada, desproporcional, incerta e brutal. Naquela época, da chamada “Justiça Comunitária”, a opção retributiva era presente, o que não significa negar a inexistência de punições severas (como penas de morte, mutilação, etc.), dentro daquele modelo. A sinalização feita pelos teóricos da Justiça Restaurativa é que essas práticas não eram necessariamente a regra. Aqui o significado da vingança é distinto do conceito que temos atualmente no que se refere ao modelo de justiça penal privada:

---

<sup>112</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Pala Athena, 2008.p.35.

<sup>113</sup> Em texto traduzido para o francês, outro autor, Declan Roche, faz o mesmo recorte de pensamento encontrado nas publicações de Howard Zehr: “l’infraction est une violation de l’État, définie par l’atteinte aux lois et la culpabilité. La justice détermine la faute et inflige la douleur dans un combat entre l’auteur et l’État régi par des règles systematiques” ROCHE, Declan. **Rétribution et Justice Restauratrice**, Larcier:Bruxelles,2011 p. 328.

<sup>114</sup> WEITEKAMP, Elmar. **The history of restorative justice**, A restorative justice reader. Ed. Gerry Johnstone, Devon: Willan Publishing, 2003. p. 111.

A vingança era umas dessas alternativas. Esta opção era adotada com menos frequência do que em geral se pensa, e por razões óbvias. A vingança é perigosa, costuma levar à violência recíproca e derramamento de sangue. Nas sociedades caracterizadas por comunidades pequenas, de relações muito estreitas, havia a necessidade de manutenção de relacionamentos. Assim, a negociação e indenização faziam muito mais sentido do que a violência.<sup>115</sup>

Por ser a vingança uma alternativa existente, os tribunais institucionais serviam como uma opção. Porém, seu uso era feito de modo residual, desde que outras maneiras e tentativas de acordos fossem infrutíferas. Em sua grande parte os tribunais eram formados por autoridades eclesiásticas, municipais ou senhoriais. Tais órgãos possuíam natureza acusatória (com ressalva às ofensas contra pessoas da realeza) e o impulso do processo penal era invariavelmente ligado à provocação das partes, por seu turno, o Estado não possui a autoridade de continuar a acusação sem um acusador. A iniciativa estava na decisão das partes envolvidas.<sup>116</sup>

A utilização dos mecanismos formais de justiça servia para que o ofensor se sentisse pressionado e reconhecesse sua responsabilidade em buscar o acordo. Estes modelos de justiça comunitárias, extrajudiciais eram largamente utilizadas até a Idade Moderna.

A leitura comum que é feita sobre a resposta punitiva utilizada em épocas pré-modernas mostra a justiça como vingativa e bárbara, em detrimento da justiça racionalizada e humanista da Era Moderna. Todavia, em que pese algumas práticas deste período da Justiça Comunitária servirem de inspiração no resgate de mecanismos de justiça negociada no âmbito penal, muitos destes procedimentos em suas práticas, eram demasiadamente arbitrários e incertos, especialmente no estabelecimento da culpa, como legitimadora de aplicação da pena. O ônus da vítima era demasiado porque todo o custo processual e andamento do mesmo dependiam de seu impulso. Mesmo assim, o que se assevera para este período é a noção de que “Os conceitos tradicionais de justiça reconheciam que uma pessoa tinha sofrido um mal, que as pessoas envolvidas constituíam o foco da resolução do conflito, e que a reparação do dano era fundamental”.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Weitekamp, Op. Cit. p.97

<sup>116</sup> Zehr Op. cit.101.

<sup>117</sup> Idem. p.102.

Essa maneira de gestão de conflitos, experimentada por sociedades pré-modernas, evidenciam que o modelo penal, tal qual o concebemos hoje, era praticamente inexistente. Apenas com o processo de codificação específica para dizer quais as condutas deviam ser criminalizadas é que se foi estruturando um subsistema jurídico: o direito penal e suas instituições. Tal revolução jurídica nos mostra uma mudança profunda das relações de poder, com o surgimento do Estado moderno<sup>118</sup>.

Esse processo de construção do Direito Penal, como um sistema jurídico, não ocorreu de maneira súbita, mas gradual, assoma-se um contexto de disputas pelo poder na Europa Continental. A influência da Igreja Católica na sociedade medieval igualara a autoridade papal às autoridades seculares; tal afirmação de poder é legitimada por meio do direito canônico<sup>119</sup>.

Há um processo de redescoberta do direito codificado românico pautado no centralismo de uma autoridade e, a partir dessa premissa, tem-se no direito canônico as bases para punir as violações internas aos dogmas religiosos. Assim surge o Tribunal do Santo Ofício, a Inquisição. Tal instituição muito conhecida de nossa história configurou bases teóricas de um novo olhar sobre o crime a justiça. A vítima, aparente, não é mais o indivíduo que sofre a ofensa, e as formas autocompositivas são trocadas pela punição imposta pelo crivo de uma autoridade.

O direito canônico e o arcabouço teológico que se desenvolveu em paralelo começaram a identificar o crime com mal coletivo contra uma ordem moral ou metafísica. O crime era um pecado, não apenas contra uma pessoa, mas contra Deus, sendo dever da Igreja purgar o mundo dessa transgressão<sup>120</sup>

O curso dessas transformações históricas e a influência da Igreja Católica sobre a construção de um sistema jurídico penal devem ser analisados com cautela. A construção de conceitos de culpa e responsabilização moral, trazidos pelo cristianismo medieval implicou em novas referências para o Estado construir conceitos atuais sobre crime, justiça e controle. Há um percurso dialético sofrido pelo sistema jurídico penal, até os dias hodiernos, com sentidos diferenciados. É clara a noção de vitória da justiça estatal. A construção dos Estados Nacionais demandou a necessidade de Códigos Legais, com um poder central, onde se

---

<sup>118</sup> Pires, Álvaro. **Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne**. In: Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Bruxelles: De Boeck Université, 1998, p.23

<sup>119</sup> Zehr, Op. cit. p.47

<sup>120</sup> Pires, Op. cit. 108

desloca a referência de poder Papal, para o Estado. Justamente com a onda Iluminista do século XVIII e a Revolução Francesa, o Estado consolida-se como ente soberano, o centro de poder que controla os seus administrados<sup>121</sup>.

O Estado passa administrar as punições por meio da tipificação de condutas e do estabelecimento de procedimentos penais. A lei se torna o fundamento racional para a punição. Àquele que a viola, rompe o “contrato social”, surgindo o direito-dever de punir estatal. O impulso que as transformações dos séculos XVIII e XIX trouxeram e delinearam a justiça retributiva, ao legitimar a atuação estatal que exerce seus controles sociais. As ofensas são entendidas como violações a preceitos legais, ao contrário de interpretá-las em função do dano real sofrido, dos conflitos e das relações interpessoais<sup>122</sup>.

Toda essa construção abstrata do sistema jurídico penal causa, do ponto de vista prático, naturalizações nas formas de punição. A resposta estatal ao crime vem a ser a prisão, uma opção que ganhou caráter de obviedade. Por trás desse pensamento enraizado até os dias hodiernos, verificamos sua construção a partir das relações de dominação no surgimento do Estado moderno. A inserção da pena de prisão como a “melhor” parte da ideia de sua racionalização<sup>123</sup>.

O paradigma punitivo anterior, pautado nas execuções públicas brutais que revelavam o poder do soberano, tem o corpo como objeto que sofria a pena, a dor, e esta não era tida como a melhor forma de resposta aos crimes para um sistema jurídico que se consolidou. Com a privação da liberdade, pode-se fracionar o tempo, dosando a punição, maquiando sua aparência de racionalidade.

Toda essa mudança jurídica, desde a Idade Média, parte da transformação de uma justiça comunitária em uma justiça pública. O Estado passou a monopolizar a administração da justiça de todos os danos e a nominá-los de crimes.

E o papel da vítima? No modelo de justiça comunitária ela possuía autonomia e, a construção do acordo se dava através da participação da comunidade. As formas de restituição e resolução dos conflitos eram impulsionadas e dirigidas pelas partes

---

<sup>121</sup> Pires. Op. Cit.22

<sup>122</sup> SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa**. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.p.104.

<sup>123</sup> Foucault. Op. cit. p. 57

envolvidas. Com a mudança jurídica experimentada, houve uma transposição da vítima imediata para o Estado, encarado com a vítima abstrata, de direito.

As composições informais de acordos e o uso dos costumes tiveram sua utilização minimizadas em detrimento de subsunções de fatos às normas legais, restringindo-se o grau de autonomia das partes. A justiça se equipara à norma legal, que é administrada pelo Estado, via seus profissionais<sup>124</sup>. A Estruturação de condutas consideradas penalmente relevantes, antes tidas como danos e conflitos, ao ganharem a tipificação de condutas criminosas sucumbem à possibilidade de discricionariedade das partes na resolução interpessoal de seus conflitos, tomando o Estado, para si, o direito de punir:

(...) os diferentes conceitos de justiça trouxeram consigo novas maneiras de entender o crime e o criminoso. Em vez de uma violação ou conflito individual, certos comportamentos tornam-se violações coletivas ou sociais de ordem sobrenatural. A dimensão pública foi elevada acima da privada e isto serviu de justificativa para que o Estado impusesse uma ordem social moral. A justiça veio a ser vista com o alinhamento da balança, um equilíbrio metafísico de abstrações<sup>125</sup>.

O modelo de resposta penal também passa por mudanças e reconstruções de sentido, isso se dá em decorrência da própria construção do sistema jurídico penal. As relações de conflitos, na fase da justiça comunitária, ensejam uma resposta negociada, geralmente restitutiva. Com a ascensão da justiça pública, a resposta penal torna-se necessariamente punitiva, como modo de afirmação do poder estatal e das normas legais. O espaço para resolução de conflitos de forma negociada não é mais prioritário. A atuação do Estado deverá ser impositiva, negativa, legitimada pela lei penal.

Em que pese notarmos mudanças sensíveis no âmbito penal, as sanções aplicadas ainda flertam como o grande encarceramento e, mesmo com políticas estatais de desencarceramento, o que se observou foi o aumento do controle penal. Salo de Carvalho já afirma e corrobora como nosso pensamento, que o modelo retributivo ainda não foi abandonado:

(...) os modelos correccionalistas foram implementados apenas formalmente. Em termos punitivos, o retribucionismo nunca foi abandonado, apesar de

---

<sup>124</sup> BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice**. The Handbook of Crime and Punishment. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 323.

<sup>125</sup> Zehr, Op. cit. 118

ingressar na atualidade com força máxima em face da nova legitimação (científica e política) advinda das agências centrais de controle, obtendo impacto substantivo nos índices de encarceramento<sup>126</sup>

Por seu turno, a sanção penal mais importante, a pena de prisão, é tida como o ponto referencial “humanizado” para a punição imposta aos autores de delitos. Isso importa em naturalizar a resposta penal, a partir de um único instrumento sancionador.

Com essa visão, sobre a justiça penal, como pública e administrada pelo Estado, em detrimento de outras formas de justiça, como chegaremos a um novo olhar sobre a justiça? O que discutiremos mais a frente, a visão restaurativa, inspirada nas “novas lentes” sobre o fenômeno do crime, torna-se de fato uma redescoberta e um “retorno” às práticas de outrora. Como dito, as formas de enfrentamento aos conflitos gerados, no seio comunitário, não eram necessariamente retributivos no sentido penal.

Nessa esteira de mudanças no sistema penal podemos observar influências recentes, do pensamento criminológico, especificamente positivista, seu principal referencial, Lombroso, tenta identificar meios terapêuticos de intervenção no criminoso no âmbito penitenciário, posto que, a premissa inicial era que os delinquentes possuíam uma regressão atávica e, a prática de delitos estava associada ao biotipo criminal. Através redução simplista o criminoso não deveria ser punido, mas tratado<sup>127</sup>.

Ao longo do século XX, as discussões sobre o sistema criminal tornam-se cada vez mais frequentes e corriqueiras. O ideal ressocializador, implementado e debatido nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, não logrou êxito, de modo que os custos com as prisões se tornam altos, além de ser alvo de muitas críticas em razão da alta reincidência criminal<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010, p.150.

<sup>127</sup> SCHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.48.

<sup>128</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, Têndências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 163-188.

É interessante notar que o sistema de justiça penal identifica e individualiza o apenado como aquele que se tornará objeto da intervenção penal. A vítima neste processo é deixada de lado, apenas o Estado age em defesa “da ordem social”. O crime é tido como uma violação à norma da ordem jurídica penal.

Os debates sobre o sistema penal foram alimentados pelos estudos e críticas de novas escolas criminológicas, como a Criminologia Crítica e o *Labelling Approach*. Também, o redescobrimto da vítima, através dos estudos da Vitimologia e a exaltação da comunidade contribuem para um novo olhar sobre o funcionamento do sistema, que adiante aprofundaremos sua discussão<sup>129</sup>.

Os movimentos críticos ao sistema repressivo passaram a uma necessidade de discussão sobre alternativas de punição. Há certo consenso de que as prisões, especificamente, o uso da pena de prisão como um modelo de resposta aos delitos, não atingem o escopo de pacificação social almejado pelos princípios do direito penal, bem como o ideal de ressocialização do apenado<sup>130</sup>.

A estrutura punitivista pela qual os sistemas de justiça criminais atuam sofrera diversas crises. Em decorrência da ineficácia da pena de prisão, desde o seu surgimento, busca-se um novo modelo de resposta estatal para os crimes. Especialmente no século XX experimentamos o surgimento de novos modelos de justiça criminal, com propostas diferenciadas, como o modelo ressocializador. Ainda assim o Direito Penal e seu sistema punitivo, na lição de Paulo César Busato<sup>131</sup>:

O que interessa é que como sistema sancionador, o Direito penal segue sendo o que dispõe o arsenal mais brutal de castigos admitidos por uma sociedade. Por isso sempre que estivermos falando em Direito penal, estaremos referindo, naquele contexto social, histórico e político determinado, o mecanismo mais duro de controle social. Isso é o que identifica o direito penal, é sua assinatura, seu aspecto essencial. E se isso não está presente, ou seja, se estamos tratando do sistema mais cruel de controle social disponível do Estado, aí tem que estar, obrigatoriamente, o sistema de garantias mais profundo e estruturado. Qualquer desvio de postura será sempre nocivo.

A história de afirmação do sistema penal, passa pela história de sua limitação. Hassemer já afirmara que na sua concepção clássica é o Direito Penal um meio

---

<sup>129</sup> GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de Molina; **CRIMINOLOGIA**. 6ª Ed. – São paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54

<sup>130</sup> Zenhr. Op. cit 84.

<sup>131</sup> BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Disponível em: <[HTTP://www2.mp..ma.gov.br/ampem1.asp](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem1.asp)>. Acesso em: 03 maio 2016.

violento, mas ao mesmo tempo um instrumento de liberdade civil. Sendo irrenunciável para a coexistência dos homens, todavia deve ser encarado como o último meio de solução dos problemas sociais.<sup>132</sup>

Dessa maneira, na mesma linha, Claus Roxin afirma ser o Direito Penal um mal necessário, sendo uma instituição social importante. O percurso histórico que fizemos anteriormente leva em conta a estruturação de um sistema punitivo paralelo à construção do próprio Estado Nação. Mas, não perderemos de vista a naturalização de uma maneira de pensar própria desse subsistema jurídico que é o Direito Penal.

Nesse sentido, à luz do pensamento de Thomas Kuhn, podemos inferir que estas recentes críticas surgem como um enfrentamento ao paradigma do sistema penal dominante, em que se busca uma resposta penal distinta. Nosso maior desafio é que de posse do sistema penal vigente (paradigma dominante) estamos presos a ele como forma de resposta aos conflitos penais<sup>133</sup>. O sistema penal, apesar de todas as críticas, ainda é considerado um modelo “racional” de resposta estatal frente aos conflitos em sociedade, e é visto com uma “evolução” na forma de punir, se tivermos como o paradigma punitivo do modelo penal anterior, bem descrito na obra Foucaultiana.

Nesse impasse, seria então intransponível a inteligibilidade do sistema penal retributivo, para um modelo de justiça diferenciado? Faremos, por conseguinte, alguns apontamentos sobre a maneira de racionalidade do sistema penal e posteriormente, a tentativa de superação a esta.

### 3.2 RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Em meio a essa efervescência de críticas ao sistema penal, o criminólogo Álvaro Pires, em seu estudo sobre a Racionalidade Penal Moderna nos traz algumas pistas

---

<sup>132</sup> HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. ZRp, Held, 10. 1992

<sup>133</sup> KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.60

pelas quais, mesmo com tantos fracassos, o modelo de punição retributivo ainda persiste.

O que se chama de racionalidade penal moderna consiste:

(...) em um sistema de pensamento ligado às práticas institucionais jurídicas que se designa como 'justiça penal' ou 'criminal', constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei como 'racionalidade penal', produz um ponto de vista que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume<sup>134</sup>

A principal característica da forma de pensamento que sustenta o modelo penal dominante consiste na naturalização da estrutura normativa eleita pelo sistema penal. Não há crime sem pena na afirmação de Feuerbach, logo, a norma de comportamento e a norma de sanção forma um todo inseparável, associado ao fato de a pena ser apenas um<sup>135</sup>. A pena aflitiva comunica o grau de reprovabilidade da conduta em caso de desrespeito à norma.

Nesse sentido, há uma simplicidade no ato de aplicação da pena, visto que dentre as possibilidades de escolha, a pena está previamente dada pelo legislador, seu processo de imposição é posto como lógico: pena de prisão. A norma secundária é dada, não é escolhida, apenas subministra-se o tempo de encarceramento pouco importando seus efeitos. Justamente porque, a norma penal possuirá um caráter abstrato, na aplicação da pena prevista, em pese criar um mal concreto (perda da liberdade), causar-se-á um bem abstrato e mediato, coibir e intimidar outros criminosos<sup>136</sup>.

Outra base de sustentação teórica está na obrigação e necessidade da punição. O Estado quando toma para si o processo de punição, entre o movimento de mutação para a predominância da vingança privada, a vítima e seu papel no processo penal acabam por ser relegados à insignificância. O maior papel, a nosso ver, da racionalidade penal moderna, consiste em se tornar um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e sobre as suas inovações. O que essa forma de

<sup>134</sup> PIRES Alvaro, 2001, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, p. 179-204.

<sup>135</sup> Idem, ibidem, p. 185.

<sup>136</sup> BENTHAM, *apud* PIRES, op. cit., p.184.

pensar faz é retroalimentar o funcionamento do sistema retributivo, dentro da mesma lógica punitiva, impedido a conformação de outra estrutura normativa e de outra racionalidade.

As sanções aflitivas são o melhor meio de combate ao crime, e como dissemos acima, o processo de “evolução” para o encarceramento se torna uma bandeira humanista em fins do século XVIII. Porém, alternativas a este modelo de punição possuem dificuldades para se consolidarem como formas de respostas penais do Estado. A sociedade, ainda punitivista, clama pela ordem e paz a qualquer custo.

A construção desse pensamento “Racionalidade Penal Moderna” parte em outras reflexões feitas por Pires.<sup>137</sup> Qual o sentido de justiça? Seria apenas uma justiça de litígios aquela responsável por educar a população ao impor punições, os criminosos são aproximados a uma visão de anormalidade; como se é conciliada nossa visão secular onde há uma obrigação de punir ao mesmo tempo em que o direito penal é tido como *ultima ratio*. Essas estruturas de reflexões, dentre outras, formam o percurso utilizado para compreender a justiça penal e o saber penal, para além de uma justificativa dogmática.

A comparação metafórica utilizada para elucidar o pensamento sobre a justiça penal estaria na chamada “garrafa de moscas”<sup>138</sup> O sistema de pensamento penal é como tal garrafa, ou seja, um sistema que naturaliza o crime, e realizada a ligação necessária entre a pena e a obrigação de punir. Esse sistema de pensamento se

---

<sup>137</sup> Qual o significado da justiça? É verdade que, por uma aproximação da “justiça dos litígios”, torna-se obrigatório punir todas as desobediências à lei? É verdade que o objetivo primeira da justiça de litígios é de dar o exemplo da punição para educar o povo? É verdadeira que isso faz com que aproximemos todos os transgressores como se estes fossem maus ou anormais? Como conciliar nossa crença secular de uma suposição de entre a “obrigação de punir” com o princípio segundo o qual o direito criminal deverá ser um recurso de última instância ou “*ultima ratio*”? A Lei criminal terá, verdadeiramente, um *status* privilegiado em relação às outras leis estatais? Quem pode transgredir o “Contrato Social”? Haverá uma diferença ontológica ou natural entre os ilícitos civil, administrativo e penal? Isso permite preservar e reconduzir a distinção institucional e de saber entre as formas civil e penal de resolução dos conflitos? Qual senso pode ter o debate recorrente e monótono, entre o utilitarismo e o retributivismo em matéria penal? As famosas “teorias das penas” se constituem, hoje, uma boa porta de entrada para aproximar a questão da intervenção jurídica em matéria penal? Nós podemos sentir orgulho da justiça criminal que nós construímos? (tradução nossa)

PIRES, Álvaro. Aspects, traces et parcours de la rationalité penale moderne. Op. cit. p. 5-6.

<sup>138</sup> Descrição trazida por Álvaro Pires na idéia de Watzlawick, uma garrafa de vidro com a extremidade bastante ampla, onde na experiência as moscas que ficam dentro deste recipiente podem ter uma aparente segurança, a extremidade superior, onde há uma saída apertada, o caminho para essa saída é apertado e aparentemente perigoso. O local aparentemente seguro onde as moscas transitam dentro da garrafa acaba por ser um engodo, qual elas caem nessa armadilha de segurança e morrem. Pires. Op.cit.p. 9

caracteriza, entre outras coisas, pela tendência de figurar o Direito Penal como um sistema de regulação autosuficiente, diferenciado que a princípio se coloca em oposição a outros sistemas de regulação social e jurídico. Esse sistema de pensamento, fechado, é designado como um paradigma jurídico-político-filosófico já aqui intitulado de Racionalidade Penal Moderna<sup>139</sup>.

O marco que nos interessa é a construção de uma justiça quase que dicotômica, uma justiça civil, ligada a regulação da vida privada e doméstica referenciada como o interesse das partes; em contrário, uma justiça penal ligada ao interesse público, do Contrato Social, com a exclusão do interesse das partes. A naturalização entre os termos “civil” enquanto oposto ao termo “penal”, ou a distinção entre ilícito civil e ilícito penal seria, para Pires, o mecanismo fundamental para a consolidação do saber penal dominante.

O processo de construção dessa distinção está estampado na consolidação do Estado, desde o período absolutista. Se antes, se buscava uma diferenciação entre o direito natural e o direito civil (sentido amplo, porque engloba o que hoje se chama de direito penal), com a consolidação do direito estatal se parte para o marco de ação do direito civil e direito penal. Nessa tensão, o que é considerado penal e o que é valorado com civil? Talvez nesse sentido que moram os obstáculos hodiernos de superação da racionalidade penal e de transformações no seio penal<sup>140</sup>.

A significação do que pertence à seara ilícito civil ou ilícito penal possui o sentido da resposta como regulada penalmente ou não. O que tenta nos dizer Álvaro Pires é que junto com essa distinção penal/civil na construção do saber penal, em paralelo, há uma diferença antropológica entre o homem cidadão e o homem criminoso, categorias construídas pela criminologia de Lombroso e Garofallo que junto ao

---

<sup>139</sup> Mais precisamente, nosso sistema de pensamento em matéria penal é como uma forma de garrafa com moscas, ou seja, de um sistema que possui a tendência de naturalizar o crime, e, necessariamente, a aproximação entre o crime a pena (no sentido forte da palavra), assim como a obrigação de punir. Este sistema de pensamento se caracteriza, entre outras coisas, pela tendência à protagonizar que o direito criminal seja um sistema de regulação à tal ponto, autossuficiente, diferenciado e fechado em si mesmo, que será, a princípio, oposto a outros sistema de regulação social e jurídico, visto de outra natureza (Pires, et Acosta, 1994: 10). De melhor forma, designarei-o como um sistema de pensamento fechado (encastelado), que se constitui como uma garrafa de moscas, ou como um paradigma jurídico-político-filosófico onde sua adesão é imposta pela noção de “racionalidade penal moderna”. Pires. Op. cit. p. 9.

<sup>140</sup> Pires. Op. Cit. p14

*status* do homem criminoso entende o crime como um fenômeno ontológico, pertencente a essa categoria do ser<sup>141</sup>.

Noutro ponto o “Direito de Punir” é uma obrigação necessária e imperiosa, sem qual, ao não punir, não há justiça. Essa forma de pensamento, no marco temporal considerado pré-moderno (aqui antes do século XVIII), corrobora com o processo lento da construção atual dessa maneira de pensar do sistema penal. Foucault<sup>142</sup> também marca que o nascimento da figura do procurador é central para dizer que a vítima, a ofensa não pertence à pessoa que a sofreu, mas a uma ordem maior que fora atingida.

Junto com o aparecimento do procurador, há um deslocamento, por lógica do conceito de infração. Quando o procurador que representa o soberano diz que também fora lesado pelo ato praticado, isso significa dizer que aquele ato não possui o condão de ser valorado como uma ofensa a outro indivíduo, mas a infração é um ataque contra a Lei do Estado<sup>143</sup>. E isso impacta na representação simbólica do autor da conduta não como um inimigo da vítima imediata, mas como um inimigo público, e por isso, o Estado confisca diretamente o procedimento judiciário para a imposição da sanção penal. Por consequência, as partes perdem o total controle do procedimento judicial, ou pelo menos, que seus interesses possuam alguma relevância.

O processo de especialização e positivação entre o Direito Civil e o Direito Penal, e especificamente da sanção jurídica, não possuía uma marca de distinção significativa entre a sanção civil e sanção penal<sup>144</sup>. Isso também é trazido com a

---

<sup>141</sup> E nos dias atuais, poucos são os que crêem no criminoso nato ou no *status* ontológico do crime, mas ainda continuamos a pensar e agir como se tivesse uma diferença natural os dois ou três tipos de ilegalismos. (tradução nossa). Op. cit.14. Quando se fala em três ilegalismos, estamos na discussão entre a distinção dos ilícitos civis, penais e administrativos.

<sup>142</sup> Se for verdade que este homem lesou a outro, eu, representante do soberano, posso afirmar que o soberano, seu poder, a ordem que o rege, a lei que ele estabeleceu foi igualmente lesada por este indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele. (tradução nossa). Foucault, 1974.p 579 *apud* Pires, Op. cit. p. 26

<sup>143</sup> A partir deste momento o soberano, ou seu representante, o procurador diz: Eu também fui lesado pelo responsável, ou seja, significa que o autor não é responsável apenas por cometer uma ofensa de um indivíduo para com outro, mas também, por uma ofensa contra o indivíduo (...) e o soberano que representa o Estado: um ataque não apenas contra o indivíduo, mas contra a lei do Estado. Foucault, 1974 : 580 *apud* Pires, Op.cit. p. 27

<sup>144</sup> Sanction pénale est ici synonyme de sanction *juridique* et non de peine au sens strict du droit criminel moderne. Pires, Op. cit. p.33

própria noção pré-moderna de pena, entendida designada como qualquer ato de transgressão à lei positiva.

A partir da conceitualização das penas, por meio das teorias clássicas, estas possuem três grandes objetivos: a retribuição do mal com outro mal, a dissuasão, e a correção do sujeito por meio da punição. Esse discurso que emerge visa à autonomia do próprio direito penal, e senda a distinção com o direito civil. Os procedimentos penais e civis possuem uma distinção em seu propósito, a partir de 1750, e impõe uma codificação específica onde o direito de intervenção do Estado na vida dos sujeitos passa a ser um direito penal estrito<sup>145</sup>.

Especificamente, a construção dos conceitos de crime e a imagem cultural do transgressor, da passagem pré-moderna para moderna (século XVIII) reconduzem uma metáfora de guerra. A ofensa perde o status de *crimen majestatis* e se afirma como um *crimen societatis*, a ofensa é dirigida a todos em sociedade. O criminoso cessa de ser visto como inimigo do rei, para ser o inimigo de todos.

Segundo Álvaro Pires, é justamente nesse período e por esta transição que a noção do Contrato Social de todos para todos cria o espaço propício para a introdução complexa de um novo par conceitual: inimigo de todos/direito criminal; inimigo da vítima/direito civil. Esses conceitos, fechados, contribuem para consolidação e codificação de dois processos de litígios cuja inspiração e filosofias, princípios distintos geram os processos penais e civis. Dessa maneira estaremos de duas ou três formas de sistemas de pensamento, ou racionalidades civil, penal e administrativa. E, por conseguinte, dentro o espaço da racionalidade penal moderna, o Contrato Social substitui o Soberano pelo Corpo Social em sentido amplo, como aquele afetado pelo transgressor.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Cartuyvels (1996) nos mostra que a partir de 1750, é notado a separação dos procedimentos civis e penais por uma codificação isolada, o poder estatal concentra e canaliza um parte do movimento de publicização do direito dentro do direito penal constituindo-se uma forma diferenciada e específica. (...) O direito misto de intervenção do estado sobre a vida dos sujeitos passa para o direito penal em sentido estrito. (tradução nossa). Pires, Op cit p.42.

<sup>146</sup> Podemos afirmar que no século XVIII temos um novo elemento, a noção de um Contrato social de todos por todos, que cria o espaço propício para a introdução mais complexa para um novo par conceitual “inimigo de todos – direito criminal / inimigo da vítima – direito civil”. Esse par conceitual vem a substituir o conceito ultrapassado de “inimigo do rei”, vigente após o século XII. Conceito fechado que contribui ao projeto de consolidar, e de codificar dois processos de litígios inspirados em filosofias e princípios distintos: os processos penais e civis; nós temos ainda um espaço neles, ou até mesmo três subsistemas de pensamentos, três racionalidades, civil, administrativa e penal. E, dentro

O preço pago pela racionalidade penal moderna ao criar um subsistema próprio de pensamento penal é o dever de criar novas formas de legitimação possíveis de explicar a utilização exclusiva da pena como um mal em detrimento da substituição de métodos jurídicos razoáveis como a negociação, reparação positiva. Não se trata apenas de justificar o uso da pena como um mal, mas a de alocar a divisão de ilícitos e considerar por que determinada transgressão é encarada como penal, e outras não, e por que determinada transgressão é objeto de transação em relação a uma pena<sup>147</sup>.

De tal modo que são três os pontos de afirmação da racionalidade penal que justificam o que foi dito no parágrafo anterior: a noção de contrato social, a redução do direito natural ao direito criminal moderno e as teorias das penas criminais. As duas primeiras justificam a alocação dos ilícitos e o desenvolvimento de métodos punitivos rigorosos, ao passo que a teoria das penas justificam o uso de métodos punitivos rigorosos e se colocam enquanto obstáculo de reaproximação ao direito civil<sup>148</sup>.

Para assentarmos as principais transformações na construção da lei penal e por via de regra o sistema penal moderno, é premente apontarmos os marcos específicos trazidos por Pires e que perduram no pensamento penal moderno. Nessa toada, a lei penal, a partir da segunda metade do século XVIII é tida como autônoma e distinta da lei civil, cada uma possui naturezas próprias e defendem interesses distintos (em contrapartida, a lei penal antes deste período faz parte da lei civil ou a acompanha para dar força de aplicação), a lei penal aponta quais condutas são reprováveis e indica a punição cabida, ela é pública e superior à lei civil por estabelecer a defesa da sociedade, da moral, vida, liberdade, estes seriam os objetivos da lei penal. Outro aspecto estaria no estabelecimento da punição enquanto um mal, que paga o mal causado no cometimento da conduta tida como

---

do quadro da racionalidade penal moderna, a noção de contrato social contribui para substituir o Soberano pelo Corpo Social (coletividade) (tradução nossa). Pires. Op. Cit. p. 55

<sup>147</sup> (...) recai sobre a racionalidade penal moderna o dever de trazer novas formas de legitimação suscetíveis de explicar a conservação de um marco orientado exclusivamente pelo uso do 'mal' ( à exclusão de outros métodos jurídicos razoáveis: a negociação, a reparação positiva, etc.) E ele não faz apenas justificar os meios, mas também a alocação e a distribuição dos ilegalismos: por que determinada transgressão é considerada como penal e outra não, por que aquela transgressão pode ser objeto tanto de uma negociação quanto de uma pena, etc. (tradução nossa) Bref, la justice pénale aura besoin d'un *surplus* de justification, d'auto-valorisation et d'auto-légitimation. Pires. Op.Cit. p. 56-57

<sup>148</sup> Pires. Op. cit. p. 57

crime e, visa a reabilitação do culpável ou a sua neutralização<sup>149</sup>. Tais características são as representações jurídico-filosóficas que pouco a pouco ganham domínio na a racionalidade penal moderna.

Tudo o que foi dito assenta para o pensamento de que o sistema penal se erige com base em epistemologias hegemônicas do direito penal. Com bases distintas, mas caminham para legitimá-lo sempre como uma melhor resposta aos conflitos cotidianos de relevância e que, se coloca como o melhor mecanismo de controle social.

E então, o que a racionalidade penal moderna teria a ver com o sistema de justiça juvenil, e o direito penal juvenil? Podemos afirmar que tudo, e nada. Expliquemo-nos. A maneira de racionalizar o sistema penal e entendê-lo, na perspectiva sistêmica luhmaniana, nos diz muito sobre como as sociedades modernas constroem seus modelos punitivos e, ela também diz respeito ao modelo de resposta dado aos atos infracionais. É premente sabermos que os movimentos que influenciam o sistema penal dos adultos também respingam nos modelos de justiça juvenil e, como descrevemos no capítulo anterior há uma tentativa de firmar bases para o reconhecimento de um direito penal juvenil. Isso é um movimento que pode soar simples, com argumentos atraentes, mas, ao nosso sentir, traz consigo toda essa lógica da racionalidade penal moderna.

O próprio teórico que apresenta a racionalidade penal moderna, Álvaro Pires, já nos chamara a atenção para o movimento de colonização dos sistemas juvenis pelos sistemas penais dos adultos. O movimento que deveria ser inverso e acaba perdendo força a partir da década de 1980. Entre responsabilizar e punir, a escolha punitiva aparenta ser mais simples e aceitável.

A hipótese levantada e confirmada pelo autor é de que os sistemas de justiça juvenis estão sendo invadidos ou colonizados pelo sistema de pensamento da justiça penal dos adultos. O que ocorre é a reconstrução de um conceito de responsabilidade, que já estava presente nos sistemas de justiça juvenis, com base no direito penal clássico instaurado no sistema penal dos adultos. O jovem infrator não é mais enxergado levando-se em conta sua essência, nas palavras de Youf:

---

<sup>149</sup> PIRES, Op.cit. p.60

O direito penal dos menores, tal como é aplicado pelo Ministério Público, juízes de instrução e tribunais de jovens, não é mais esse direito específico que tenta levar em consideração a essência da criança. Ele voltou a ser o direito penal clássico, aplicado a esse sujeito de direito particular que é o menor. (...) O jovem delinqüente não é mais percebido como uma pessoa que deve beneficiar de uma responsabilidade particular e que se concretiza pela prioridade dada às medidas de proteção, vigilância e educação. Ele é este ser responsável penalmente que pode, em certas condições, ser condenado como qualquer sujeito de direito. Diante de um menor delinqüente, cuja infração ou um crime é considerado grave ou reincidente, o promotor e o juiz de instrução não pensam nem agem no âmbito de um direito específico e sim no âmbito de um direito clássico. (...) Há alguns anos, o jovem delinqüente não é mais considerado como uma criança, como um menor que deve beneficiar de um estatuto de proteção e de educação; ele é novamente um adulto em miniatura<sup>150</sup>.

Assim como o adolescente delinqüente é encarado como adulto em miniatura, se afirmamos um direito penal juvenil que resgata o direito penal dos adultos como referencial epistemológico básico, estamos tratando de uma miniatura do direito penal, sem os diminutivos de sua racionalidade penal moderna, pelo contrário.

A análise da prática de tribunais brasileiros, por meio de jurisprudências e decisões de outra natureza confirma que apesar de estarmos em uma fase normativa diferente do modelo tutelar, o direito juvenil é operado como se punitivo fosse<sup>151</sup>. A visão do adolescente infrator ainda é enviesada pelo direito penal clássico, onde a figura do criminoso é tratada de forma negativa, do inimigo público. Com a saída desse “vício” por meio do direito penal juvenil e outras categorias doutrinárias e dogmáticas desse “novo” ramo do direito penal, estar-se-ia a legitimar um discurso dogmático que justifica a punição, limitada, com garantias, mas acaba por transpor a lógica punitiva de forma declarada. Caminharemos em outro sentido, necessariamente contrária a essa visão.

Após essa rápida explanação sobre alguns pontos teóricos do que chamamos de sistema penal dominante, podemos inferir claramente que a pena eleita como a mais lógica, “racional” e humana é a prisão. Sua racionalidade está no seu processo de dosimetria, em que o tempo é dividido em partes e o período de restrição de liberdade é aplicado ao apenado. Isso afirma que a construção da norma penal está associada a uma equivalente pena, que transmita um mal. Esse é um dos cernes da racionalidade penal moderna.

---

<sup>150</sup> YOUF. D. **Repenser Le droit penal des mineurs**. *Apud* Pires Álvaro. Op cit. p. 624

<sup>151</sup> Estamos nos referimos aos dados da pesquisa realizada pela Professora Maria Auxiliadora Minahim, à qual citamos no capítulo anterior.

Como então transpor essa racionalidade? Acharemos no pensamento de Kuhn<sup>152</sup> bases que nos servirão de substrato para afirmar uma perspectiva de transformação do paradigma dominante da maneira de pensar o sistema penal, para um novo paradigma, o paradigma da justiça restaurativa. Nesse sentido:

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos.

Por esse sentido, podemos afirmar que o “embate” travado pelos cultores da justiça restaurativa deve se pautar no estabelecimento de uma nova base de pensamento e racionalidade no sistema penal que se afaste do modelo essencialmente retributivo para um paradigma não aflitivo. Para tanto, devemos repensar a resposta penal estatal.

Outro sentido se está na maneira de enxergar o crime, o papel da vítima no processo penal e a construção de um sentido de justiça penal orientado pela exceção do uso da pena privativa de liberdade. Não se trata de uma proposta radical abolicionista do sistema penal<sup>153</sup>, mas de uma modelização da resposta penal que se afasta do viés retributivo, valorando as formas negociadas de resolução dos conflitos.

### 3.3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA?

Nesse contexto político e social de efervescência crítica ao modelo retributivo, tivemos, na segunda metade do século XX, a estruturação do que podemos chamar de um novo modelo: a justiça restaurativa. Essa nova maneira de pensar a intervenção penal possui como um dos seus maiores teóricos, Howard Zehr. A

---

<sup>152</sup> KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. op.cit. p.116

<sup>153</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa**. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.202

publicação de sua obra “Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça”, em 1990, mostra-se como um divisor de águas ao buscar uma estruturação teórica sobre a justiça restaurativa<sup>154</sup>.

Fomos ensinados a ver o sistema penal de forma negativa, enquanto as soluções diferenciadas não estariam no campo de alcance da nossa visão. Contudo, Zehr nos chama a atenção para que “novas lentes” enxerguem a resposta penal de outra maneira que discutiremos nesse capítulo.

A primeira abordagem feita por Zehr nos mostra que a justiça restaurativa nada mais seria do que o resgate de práticas de justiça negociada já existentes no decorrer da história da humanidade. O conceito atual de restauração se mostra como uma redescoberta ao passado, justamente com um olhar diferenciado.

Mylène Jaccoud, nos fala de algumas fases pelas quais a Justiça Restaurativa passou, até o momento atual:

A justiça restaurativa é, assim, o fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal.<sup>155</sup>

As primeiras iniciativas que envolvem a Justiça Restaurativa partem de reflexões do sistema de justiça criminal. Especialmente nos países anglo-saxões temos experiências pioneiras como citado acima. A fase experimental surge em um contexto de busca por mudanças à resposta punitiva. O processo penal, tal como era estruturado, por mais que formalmente cumprisse os requisitos constitucionais e garantísticos da justiça estatal e punisse o criminoso, do ponto de vista das vítimas e ofendidos, não havia qualquer escuta e intervenção sobre seus anseios, expectativas quanto ao processo e ao resultado<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Zehr, H. J. **Changing lenses : a new focus for crime and justice** .Scott Dale, P.A., and Waterloo, Ont.: Herald Press. 1990. p. 5-28.

<sup>155</sup> JACCOUD, Mylène. **Princípios, Têndências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. Op.cit, p. 166.

<sup>156</sup> Aqui, em sua visão mais amplificada, a Justiça Restaurativa acaba por ser imposta dentro do processo penal e do sistema penal como uma nova estrutura, criando uma nova forma de punição.

Especificamente na década de 90, com o livro “Trocando as lentes”, Howard Zehr foi responsável por iniciar uma discussão mais aberta sobre o sistema de justiça criminal pautado por valores restaurativos. Nessa época, podemos dizer que, há uma efervescência de pensadores da justiça restaurativa. Essa fase de expansão não seria apenas de modelos restaurativos, mas também de produção de conhecimento.

Comungando deste mesmo olhar histórico Scuro Neto<sup>157</sup> diz que o surgimento do modo restaurativo de fazer justiça, especialmente nos anos setenta, advém de práticas de reconciliação e mediação entre vítimas e ofensores. Sua estruturação, como tecnologia social, ganha força e, novos programas de resolução de conflitos surgem com a finalidade inicial de viabilizar a aproximação das partes que sofreram com a infração efetiva, avaliando os impactos sofridos, ao mesmo tempo em que afasta o uso dos Tribunais. Para alguns dos defensores da Justiça Restaurativa, esta não será uma adição ao modelo retributivo, mas um “novo paradigma” que transformará os princípios pelos quais se pensa sobre a justiça atual.

Todavia, como a Justiça Restaurativa encara o crime, a vítima e a resposta penal? Para haver o deslocamento epistemológico necessário sobre esses conceitos, Zehr nos convida ao uso de novas lentes, as lentes restaurativas. Por meio delas, teremos uma nova visão sobre as respostas ao fenômeno criminal. Ao vermos por esta nova lente, encaramos o crime como a violação concreta de pessoas e relacionamentos, a vítima possui papel central no processo restaurativo, a resposta penal será diferenciada, visando à recuperação de laços (caso existam) e/ou reparação de dano.

O crime não será mais encarado nas reduções simplistas do direito, com sendo uma violação à norma. O resgate que é feito busca trazer dimensão interpessoal do crime, que envolve um conflito entre pessoas. “O crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos o Estado. Ele

---

WALGRAVE, L. Au-delà de la rétribution et de la réhabilitation : la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance des jeunes ? in J. F. Gazeau e V. Peyre, eds., **La justice réparatrice et les jeunes (Vauresson, 9<sup>ièmes</sup> journées internationales de criminologie juvenile)**: 1993, p. 5-28.

<sup>157</sup> SCURO NETO, Pedro. **A Justiça Como Fator de Transformação De Conflitos**: Princípios E Implementação. Contribuição ao Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha, São Paulo, abril de 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>> Acesso em: 15 maio 2016.

é em primeiro lugar uma ofensa contra pessoas, e é delas que se deve partir.<sup>158</sup>

Para que estabeleçamos uma prática dentro da alçada da justiça restaurativa é necessário delinear alguns requisitos para considerar aquele modelo, e aquela prática, como integrante desse plexo chamado de justiça restaurativa.

A Justiça Restaurativa é uma abordagem sobre o crime baseada na resolução dos problemas, que envolve às próprias partes junto à comunidade em uma relação ativa junto aos órgãos legais.<sup>159</sup>

Sua definição está orientada para aspectos particulares que resgatem uma aproximação entre vítima-ofensor-comunidade. Elencaremos algumas posições acolhidas neste trabalho em razão da diversidade dos princípios da justiça restaurativa. Vejamos alguns objetivos principais da justiça restaurativa, segundo Marshall:

- ocupa-se de todas as necessidades vítima: sejam materiais, financeiras, emocionais e sociais (sem esquecer das pessoas próximas às vítimas que igualmente são afetadas);
- prevenir a reincidência através da reinserção do autor na comunidade;
- permitir ao autor assumir uma responsabilidade ativa de seus atos;
- recriar uma comunidade dinâmica que sustente a reabilitação do autor e da vítima, e se mostre ativa na prevenção da delinquência;
- procurar uma maneira de evitar a escalada da justiça legal e os custos, e tempo a ela associados<sup>160</sup>

Apesar de mais genérica, essa visão dos objetivos da justiça restaurativa se assemelha muito os princípios que Strong e Van Ness elencam:

- a) A justiça requer que trabalhemos para curar vítimas, ofensores e comunidades atingidas pelo crime;
- b) Vítimas, ofensores e comunidade devem ter oportunidade de uma participação ativa no processo de justiça, tão cedo e quanto quiser;
- c) Repensar os papéis e responsabilidades do governo e comunidade: na promoção da justiça o governo é responsável pela preservação de uma ordem justa e a comunidade se responsabiliza por estabelecer uma paz justa.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Zehr, H. J. Changing lenses : a new focus for crime and justice. op.cit. p. 172

<sup>159</sup> MARSHALL. Tony F. La Justice Restauratrice: vued'ensemble. In: Gaily, Philippe (org). **La Justice Restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011.p.149

<sup>160</sup> MARSHALL. Tony F. La **Justice Restauratrice**: vued'ensemble op.cit.p. 150

<sup>161</sup> VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring justice**: an introduction to restorative justice. LexisNexis Group, Cincinnati, 2010. p.23.

O cerne da justiça restaurativa estaria voltado ao amparo das vítimas segundo Marshall, mas não se resumiria apenas a esta. Van Ness e Strong incluem as vítimas indiretas, ou secundárias, como a comunidade, vizinhos ou familiares da vítima direta. O aspecto da cura (reparação simbólica, psicológica) nos revela a maneira de resposta que será tomada frente à ofensa sofrida, sendo esta rápida e que atenda as necessidades das partes envolvidas.

A oportunidade de aproximação no processo de justiça busca valorizar a participação e o envolvimento das partes. O processo penal como está estruturado, neutraliza qualquer intervenção e/ou participação de atores externos à relação jurídica penal (Estado-autor). Noutra giro, a justiça restaurativa concede poder decisivo a todos os envolvidos com a ofensa para a construção de uma resposta restaurativa aos danos sofridos e vivenciados. Para tanto, o processo de responsabilização voluntária do ofensor é um elemento importante para o início de tomada de decisões positivas, a compreensão dos danos causados e o sentido de alteridade devem ser buscados. A comunidade visará reinserir o ofensor, apoiar as vítimas e construir um consenso satisfatório que leve à reparação dos danos. Essa é uma das abordagens possíveis, onde pode ocorrer, tanto dispensa da comunidade, quanto a imposição da obrigação de reparar o dano. Falaremos mais adiante sobre essas vertentes chamadas de minimalista e maximalista da justiça restaurativa.

Soma-se o papel das responsabilidades de cada ator na promoção da justiça. O Estado, amplo, busca a preservação da ordem pública. A comunidade ao ser incluída, neste processo, assume uma responsabilidade de ajudar a integração do ofensor, promovendo uma paz justa. A maneira de gestão dos conflitos, no seio comunitário, por meio de procedimentos restaurativos, deve fazer parte da promoção de uma nova maneira de encarar os conflitos.

Esses princípios servem de orientação para delinear uma maneira de pensar diferenciada em relação ao modelo retributivo de punição. É deslocar a abordagem do crime como um fenômeno abstrato, ao enxergá-lo em seus elementos interpessoais, de danos concretos, com seu sentido social e buscar uma resposta que atenda às necessidades de todos os envolvidos.

Em relação aos valores restaurativos, a enumeração trazida por Braithwaite<sup>162</sup> se mostra suficiente para o estudo que fazemos, embora não seja o único existente. Estes são classificados em três grupos.

Num primeiro grupo, o referido autor destaca a importância desses valores no sentido de orientação dos processos restaurativos, no respeito aos direitos humanos:

a) Não-dominância: as relações de poder estão presentes em diversas esferas do conflito, caso uma parte seja hipossuficiente, a estruturação do processo restaurativo deverá minimizar essas relações de poder. O mediador deste processo deverá ter a perspicácia de perceber o enlace de dominação e buscará dar voz aos menos favorecidos;

b) Empoderamento: deve refletir a capacidade de superação do conflito, não-impositiva, mas de forma ativa, seja nas tomadas de decisões. É devolver o sentido de autonomia de estabelecimento das prioridades, necessidades, ou seja, retomar o “poder” de sua própria vida;

c) Obedecer aos limites de sanção impostos legalmente: por óbvio, se o processo restaurativo funciona diferentemente do modelo tradicional retributivo, a nova resposta imposta ao fim do processo não poderá ser vexatória, ou mais dura que a cominada legalmente;

d) Escuta respeitosa: o momento de provocação do diálogo entre as partes deve promover um espaço de respeito, boa conduta. Tais requisitos são condições indispensáveis à participação e ao êxito do processo;

e) Preocupação igualitária com todos os participantes: para um bom acordo e um bom direcionamento do processo restaurativo, os anseios e necessidade de todos os envolvidos terão relevância, mesmo porque, tal processo destoa de uma aplicação coercitiva que retiraria o poder de decisão das partes envolvidas;

f) *Accountability, appeability*: reside na faculdade e disponibilidade que o processo penal deve oferecer ao possibilitar a opção por um processo restaurativo;

---

<sup>162</sup> Braithwaite, J. **Restorative Justice**, in M. Tonry, ed., *Handbook of Crime and Punishment*. New York: Oxford University Press. 1998. p. 323-344.

g) Respeito aos tratados de Direitos Humanos e outros textos normativos internacionais.

O segundo grupo de valores envolve a maneira de guiar o processo. É facultado aos participantes sua dispensabilidade. Essa fase está orientada por diversas maneiras de buscar a restauração, através do restabelecimento dos laços afetivos, da reparação do dano material, do amparo emocional.

O terceiro grupo de valores diz respeito ao pedido de desculpas e parte do princípio do desejo de cada um, ao proferir declarações de arrependimento voluntário e demanda ou oferta de perdão.

Todos estes elementos, que são característicos dos estudos desses autores, mostram a multiplicidade conceitual, valorativa e principiológica que cercam a justiça restaurativa. Esse novo modelo de justiça, em construção, encontra diversos sentidos. Contudo, para determinar a classificação de um determinado processo como restaurativo, a presença desses requisitos são indispensáveis, visto que, a justiça restaurativa se constrói como contraponto em relação às críticas do sistema retributivo.

Essas bases principiológicas buscam uma segurança na construção do modelo de justiça restaurativo. Aqui, pontuamos que o fato de entendermos a necessária mudança do sentido de punição não significa, como muitos pensam, uma justiça “fraca ou branda”. Pelo contrário, a reprovabilidade da conduta delitiva é mantida, o que se altera é visão lógico-normativa do crime, a atenção das vítimas e a menor utilização do encarceramento.

De posse dos argumentos acima, podemos claramente inferir que a Justiça Restaurativa se pauta e está se construindo enquanto um novo paradigma no sistema de justiça penal<sup>163</sup>. De modo a contribuir para uma virada radical do sistema de punição atual, partindo de uma premissa básica: a reparação do dano.

O paradigma novo se pauta por uma redefinição da ciência correspondente segundo Thomas Kuhn<sup>164</sup>. Ele implica numa transformação da forma como vemos o fato (aqui

---

<sup>163</sup> Como já sinalizava Lode Walgrave, estudioso americano do tema. Walgrave, L., 1999, La justice réparatrice : à la recherche d'une théorie et d'un programme, **Criminologie**, vol. 32, n<sup>o</sup>, p. 1, 7-29.

<sup>164</sup> KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. op. cit. p.117

o fenômeno da resposta ao crime), nesse processo lidamos com vários obstáculos, para que cheguemos ao resultado transformador e revolucionário que a Justiça Restaurativa acaba por fazer.

Podemos afirmar que a Justiça Restaurativa ao encarar o crime como uma relação interpessoal, cuja resposta será construída com base nas expectativas da reparação do dano, faz-se assim um giro transformador em que o crime é valorado na sua perspectiva de complexidade, e não apenas uma violação à norma.

Ainda não verificamos uma tomada total do modelo de Justiça Restaurativa de modo a excluir, completamente ou parcialmente, a forma de resposta retributiva do sistema penal. Todavia, a sua consolidação, no âmbito mundial, mostra que esta surge como um paradigma de transformação do sistema penal, tanto que, a própria Organização das Nações Unidas, na sua Resolução 202/2012 fomenta o uso de práticas restaurativas<sup>165</sup>.

Para cristalizar nossa tentativa de transpor a Justiça Restaurativa, como novo paradigma, traremos uma tabela comparativa do autor Howard Zehr que corrobora com essa afirmação transformadora:

---

<sup>165</sup>Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VYB-3flViko>. Acesso 13 maio 2016.

Tabela 1: OS PARADIGMAS DA JUSTIÇA – O ANTIGO E O NOVO<sup>166</sup>

<b>O antigo Paradigma</b> <b>A Justiça Retributiva</b>	<b>O novo Paradigma</b> <b>A Justiça Restaurativa</b>
1. A infração é definida como um atentado ao Estado	1. A infração é definida como uma atentado à uma pessoa por outra pessoa
2. O cerne é a busca de estabelecer a culpabilidade, e focada no passado (quem o fez?)	2. O cerne é busca da resolução do problema, estabelecer as responsabilidades e obrigações, focada no futuro (o que será feito?)
3. As relações se baseiam no confronto entre a norma	3. O diálogo e a negociação são a norma
4. Um sofrimento é imposto com maneira de punir e de dissuadir/prevenir	4. A compensação visa reparar as duas partes; reconciliação e reparação são os objetivos
5. A justiça se define a partir de seus objetivos e do processo (a respeito das regras do processo legal)	5. A justiça se define em função das boas relações e é julgada com vistas no seu resultado satisfatório
6. A natureza interpessoal, conflitual da infração é ocultada: há um conflito entre o indivíduo e o Estado.	6. A infração é reconhecida com um conflito interpessoal: o valor do conflito é igualmente incontestável.
7. Os valores individualistas, de competição são encorajados.	7. A ajuda mútua é encorajada
8. O Estado se coloca contra o autor: a vítima é ignorada, o autor é passivo	8. As posições da vítima e do autor são reconhecidas tanto no problema quanto na solução: os direitos e necessidades das vitimas são reconhecidos, o autor é encorajado a assumir a sua responsabilidade.
9. O processo de responsabilização do autor aumente a sua punição	9. A responsabilização do autor consiste em o permitir compreender o impacto de seu ato e de ajuda-lo a decidir reparar o dano causado
10. A infração (crime) é definida em termos puramente jurídicos, desprovido de todas as dimensões morais, sociais, econômicas ou políticas	10. A infração é vista em sua forma global – moral, social, econômica e política
11. A reação se focaliza sobre o comportamento passado do autor	11. A reação se focaliza sobre as consequências dos danos causados pelo comportamento do autor

<sup>166</sup> ZEHR, Howard. Justice Rétributive, Justice Restauratrice. In: Gaily, Philippe (org). **La Justice Restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011.

Essa tabela resume sucintamente alguns aspectos que sustentam uma inovação por parte da Justiça Restaurativa e diante do marco que colocamos, à luz da Estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn, podemos afirmar que, estamos diante de uma passagem de alterações paradigmáticas no âmbito penal.

Ao remetermos o pensamento da Racionalidade Penal Moderna e enxergarmos os obstáculos de uma epistemologia do sistema penal, podemos vislumbrar com a Justiça Restaurativa a tentativa de superação, e uma abertura para pensarmos diferentemente as reações ao modelo de resposta retributivo.

Essa revolução científica, no âmbito penal, acontece de forma ampla e enfrenta as resistências previsíveis em relação ao modelo atual de punição<sup>167</sup>. Todavia, não significa que seja inválido o seu propósito transformador. E é nessa tentativa que defendemos os valores da Justiça Restaurativa enquanto meios de resposta aos conflitos de forma mais justa e racional.

Se o marco central da Racionalidade Penal Moderna está na estrutura da norma penal, em que enxergamos a pena e a conduta delitiva como um todo inseparável. Aqui, a pena é vista no sentido negativo, em que o criminoso é elemento hostil à sociedade. Se o mal concreto da pena produzirá o bem abstrato da ressocialização do apenado, podemos, por tais idéias, afirmar que o pensamento da Justiça Restaurativa se afasta deste sentido finalístico ou teleológico, seu ponto de partida está em buscar práticas sacionatórias distintas da pena clássica, encarando a justiça como uma experiência subjetiva, mas, não será um sentimento de justiça ao arrepio da lei.

Dessa forma, iremos adiante analisar alguns conflitos entre práticas e princípios restaurativos com princípios penais, princípios estes em que sua aplicação é defendida no âmbito do direito penal juvenil.

Nosso ponto de partida é orientado pela visão de Lode Walgrave em que a justiça restaurativa se torna uma filosofia que progressivamente irá impregnar o sistema de justiça criminal a fim de transformá-lo, depois de um tempo, em um sistema

---

<sup>167</sup> Elementos de transformação, trazido por Faget, onde a Justiça Restaurativa é por excelência o grande movimento crítico ao sistema penal na década de 1990.  
FAGET, J. **La médiation – Essai de politique pénale**. (Ramonville Saint-Agne : éditions Erès). 1997, p. 78

completo de justiça restaurativa, esta é uma visão mais radical e trata do *l'avenir de la justice restaurative*, nas próprias palavras do autor<sup>168</sup>.

Não se trata, apenas, de uma orientação teórica, ou orientações teóricas restaurativas, mas processos que tentam romper a lógica essencialmente punitiva, que necessariamente não dispensam o sistema penal, mas o ressignifica sobre outra maneira de pensar. Não é uma perspectiva abolicionista, mas, a nosso ver, aproxima-se a uma visão minimalista do direito penal, com a predominância de práticas negociadas na resolução dos conflitos.

E isso importa em analisarmos a construção especializada e autônoma do direito juvenil brasileiro que, na sua perspectiva teórico-jurídico-filosófica, tende a ser mais restaurativa que penal.

Após esses breves apontamentos sobre o que significa a Justiça Restaurativa, iremos assinalar algumas reflexões e obstáculos de implementação desse modelo no ordenamento do sistema de justiça juvenil brasileiro.

---

<sup>168</sup> WALGRAVE, Lode. *L'avenir de la justice restaurative*. Bruxelles: Larcier, 2011. p.413

#### **4. (IN) COMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DO MODELO DE RESPOSTA AO CRIME COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Nessa parte de nosso trabalho, iremos abordar questões que esbarram na implementação do modelo de justiça restaurativa. Isso é pensado por vários teóricos como Lode Walgrave, Mylène Jaccoud e Claudia Cruz Santos.

Há uma aparente incompatibilidade entre a justiça restaurativa e as garantias penais, quando pensamos em processos informais, com a participação deliberativa das partes. Esse paradigma distinto da verticalização das decisões no processo penal, na verdade, não dispensa princípios estruturais, tal como a culpabilidade, proporcionalidade e obrigatoriedade.

O que ocorre é um deslocamento de sentido na reação ao crime, para permitir uma flexibilização, e até mesmo, poderá ocorrer uma dispensa, posto que a racionalidade da perspectiva restaurativa não se pauta no elemento central da culpabilidade, mas na reparação do dano. E para isso, o elemento prospectivo, de assunção de responsabilidades (voluntariedade) por parte do agente do dano é o peso inicial para se transformar a reação ao crime de maneira positiva, englobando as necessidades daqueles que sofreram com o dano causado.

Dessa forma, as vertentes das abordagens minimalista e maximalista da justiça restaurativa nos abrem caminhos para que a resposta ao conflitos não seja baseada numa lógica essencialmente punitiva.

Ainda, compreenderemos que a justiça restaurativa poderá ocupar locais distintos (pré-processual, processual e pós-processual) e, mesmo assim, não perderá seu aspecto transformativo.

##### **4.1 GARANTIAS, JUSTIÇA RESTAURATIVA E PROCESSO PENAL**

Após delinear algumas características do movimento da Justiça Restaurativa, ela se depara com questões inevitáveis frente ao paradigma dominante do sistema penal. A tensão maior que poderemos perceber reside no aspecto de sua

informalidade, e a “ameaça” às garantias penais conquistadas pelo Direito Penal Moderno e que formatam um processo penal garantístico.

O Direito Penal é um mal, com já citamos aqui estas palavras de Roxin<sup>169</sup>, mas um mal necessário. O sistema de controle penal é erigido por meio desta constatação, e já que o mesmo é considerado um mal, deverá ser limitado por quem o administra, o Estado. Assim, justifica-se o estabelecimento de limites ao poder punitivo estatal, como a criação de garantias e regras no processo penal.

Para nós, importa trazer rápidas considerações sobre o que comumente se chama de Garantismo Penal, na perspectiva de Luigi Ferrajoli consiste:

"garantismo" designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente<sup>170</sup>.

Logo, o garantismo penal visa resguardar a atuação punitiva do Estado, o que nos leva à conclusão de que a cristalização constitucional de princípios penais e processuais penais, no ordenamento brasileiro, nos leva a crer que possuímos no campo normativo, um sistema garantista, todavia, como salienta o próprio Ferrajoli é necessário apontar que no plano das práticas efetivas do sistema penal, podemos perceber modelos antigarantistas<sup>171</sup>.

Dessa forma, entendemos que a efetivação normativa e prática de princípios do processo penal é uma bandeira levantada pelo garantismo penal. Contudo, também podemos inferir, com a esteira do próprio pensamento de Ferrajoli, exemplificando

<sup>169</sup> Roxin, Op. cit.p.1.

<sup>170</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.684

<sup>171</sup> Ferrajoli identifica essa distinção entre o plano normativo e prático quando salienta: “Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de *graus* de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva”.Ferrajoli, Op. cit. p.684.

que o título original de sua obra “Para uma Teoría General del Garantismo”, que o garantismo não se resume ao campo penal, mas se coloca em outras perspectivas:

Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho - estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas - jurídicas e políticas - que permitem relevar.<sup>172</sup>

O modelo garantista pode existir fora do processo penal, e mesmo quando se refira a um modelo de administração de conflitos com relevância penal, não fere as garantias já conquistadas. A noção de que a Justiça Restaurativa e seus procedimentos informais violam princípios processuais pode ser facilmente desfeita e, além disso, podemos utilizar a ponderação de alguns princípios sem necessariamente violá-los<sup>173</sup>.

A ideia de ponderação ou flexibilização de princípios penais e processuais penais é muito polêmica na doutrina brasileira. O texto “A tensão dialética entre os ideais de ‘garantia’, ‘eficiência’ e ‘funcionalidade’” de Selma Santana toca neste assunto de modo a entender que tal atitude não tem como objetivo desrespeitar direitos estabelecidos, mas encontrar mecanismos que englobem as mudanças nos modelos de administração de conflitos, com o qual podemos identificar a proposta do modelo de justiça restaurativo<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Ferrajoli. Op. cit. p.686.

<sup>173</sup> Não adentraremos aqui no mérito de delimitar todos os princípios processuais penais, e os axiomas de que fala Ferrajoli no sistema garantista penal. Importará, para o nosso trabalho, trazer as principais considerações feitas pelos críticos e até céticos ao movimento restaurativo, na inevitável tensão entre a Justiça Restaurativa e as estrutura principiológica do sistema penal.

<sup>174</sup> Assim, esclarece Selma Santana: No nível da ação penal, também, por exemplo, há uma inequívoca crescente opção por um regime processual diferenciado, com soluções diferenciadas,

E no âmbito desta “tensão” quais seriam os princípios ameaçados pela utilização da Justiça Restaurativa? Pontuaremos aqui as reflexões feitas por Cláudia Cruz Santos referentes a esta questão, em que pese o objeto de análise da autora ser referente ao direito português. Pela nossa histórica aproximação, utilizaremos essa análise à luz do ordenamento brasileiro, que adiantamos, enfrentaria mais ainda resistência. Vale à pena lembrar que em Portugal a Justiça Restaurativa já se encontra positivada.

Temos, como base, os princípios da culpabilidade, proporcionalidade, obrigatoriedade.

1. No sistema penal tradicional, o princípio da culpabilidade é central para a promoção de responsabilização penal do agente, permitindo sustentar a legitimidade e merecimento da pena. Para Roxin,

a culpa ainda continua a ser o pressuposto decisivo (ainda que não o único) da responsabilidade-jurídico penal. O fato de se fazer depender a possibilidade de punição da existência de culpa do sujeito tem como finalidade estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado (em particular: às necessidades públicas de prevenção)<sup>175</sup>

A culpa, por assim dizer, é uma garantia pela qual ninguém será punido caso não tenha agido sem esta e, será limite à resposta sancionatória que passa pela comprovação da mesma através de um juízo de censurabilidade.

Nesse sentido, como a culpabilidade pode interferir na Justiça Restaurativa? Ela possuirá alguma centralidade? Nosso problema é que a resposta penal pressupõe a atribuição da culpa individual, processualmente comprovada e válida. O processo penal é orientado a uma busca retrospectiva dos fatos cometidos. Já a resposta restaurativa não prescinde de uma responsabilidade pessoal.

---

céleres, consensuais, por um lado, formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados. Essa diferenciação não se faz à custa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente do acusado. Quer nas respostas “flexíveis”, quer nas “conflituais”, está presente a preocupação de garantia dos seus direitos no processo, procurando salvaguardar-se de cada um seu “máximo conteúdo possível”, em equilíbrio com as restantes finalidades processuais.

SANTANA, Selma Pereira. **A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 13, n. 52, p. 250-275, jan./fev. 2005 p. 254.

<sup>175</sup>ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, trad da 2ª Ed. Alemã, reimpressão, Thomson/Civitas: 2003, p.798.

No modelo de Justiça Restaurativo o juízo sobre a culpabilidade não é um elemento central, *a priori*. O reconhecimento feito pelo ofensor, de que é responsável e causador de um dano a uma determinada vítima, é o ponto de partida para o início de qualquer procedimento restaurativo voluntário. Implicitamente, o autor acaba por reconhecer sua culpabilidade, ela não é atribuída mediante uma decisão jurídica, tal qual o processo penal.<sup>176</sup>.

Para clarificar, importa trazer a visão do teórico restaurativo John Braithwaite, em que há uma distinção entre a responsabilidade ativa e passiva. A responsabilidade passiva consiste em atribuir culpa a alguém pelo que fez no passado, esta é a norma do processo penal convencional (daí ele ser retrospectivo). Já a responsabilidade ativa significa o ato de responsabilizar-se por fazer coisas de maneira correta no futuro (seria uma visão prospectiva)<sup>177</sup>.

Podemos notar a diferença entre alguém dizer que o autor é culpado, presente no modelo processual penal onde se verifica se o agente é o responsável pelo crime que lhe é imputado (responsabilidade passiva), e, quando o próprio autor admite o erro e se propõe a agir corretamente no futuro para reparar os erros cometidos no passado.

Braithwaite analisa essa posição prospectiva dos autores, no ato de assumir responsabilidade ativa, quanto trata do “documento de remissão”. Tal instrumento presente na perspectiva do autor, para as práticas restaurativas, consistiria em oferecer um “perdão”, em detrimento do autor se comprometer a agir de forma responsável futuramente, buscando a reparação do dano causado<sup>178</sup>. Aqui não

---

<sup>176</sup> Teremos mais adiante uma discussão sobre as posições minimalistas e maximalistas da Justiça Restaurativa. Adiantamos que, dentro os princípios presentes nas práticas restaurativas, a voluntariedade é um elemento central para o impulso desta prática aos defensores do minimalismo. Nesse sentido, de forma voluntária o ofensor reconhece ser o causador do dano, esse ato é distinto de atribuir ou assumir a culpabilidade como elemento para a imposição de uma pena. O desenrolar da prática restaurativa não é medida em razão da culpabilidade, e sim pelo aspecto da melhor maneira de reparação do dano, tanto por parte da visão da vítima, quanto pelas condições do autor.

<sup>177</sup> BRAITHWAITE, John. Entre a proporcionalidade e a impunidade: Confrontação Verdade Prevenção. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 379

<sup>178</sup> A justiça restaurativa permite que os infratores neguem a responsabilidade passiva da justiça criminal convencional que garante a punição, mas apenas sob a condição de receber um documento de remissão que os faça ter responsabilidade ativa por fazer as coisas direito no futuro. Deve ser uma redenção conquistada (Bazemore, 1999). Mais precisamente, o perdão anula a responsabilidade passiva deles, na medida que a responsabilidade passiva os faz contar a verdade, fazer o que podem

corresponde a um perdão judicial, posto que estaríamos no procedimento restaurativo de visão minimalista, mas os reflexos dessa ação do autor, não importam em repercussões punitivas, a título de uma confissão, não sobre esta perspectiva que a Justiça Restaurativa trabalha<sup>179</sup>.

Essas dificuldades maiores estarão presentes quando as hipóteses de aplicação de práticas restaurativas seja diversionistas ao processo, ou mesmo seus reflexos pré-processuais. Numa perspectiva ampliada de práticas restaurativas, no seio do sistema de justiça penal, suas implicações supostamente esbarram nas questões que estamos aqui levantando sobre determinados princípios. Isso é relevante especialmente na perspectiva de Cláudia da Cruz Santos<sup>180</sup>:

O ponto de que se julga dever partir é o de que o princípio da culpa, que supõe a imprescindibilidade, para a punição, da formulação de um juízo de censura – e de censura por terceiros, pela autoridade que o tribunal representa, e já não de auto-censura – não pode ter idêntico sentido em um modelo de reacção ao crime que não pretende a punição nem permite um juízo heterônomo de censura que suporta (e limita uma condenação autoritária. Ou seja: o princípio *nulla poena sine culpa* parece não ter idêntica importância, - e parece não ser, também por isso e a uma primeira análise, susceptível de insuportável lesão – em um sistema que não admite a *poena*. Dito de forma mais simples: se não há *poena*, como se pode afirmar a violação do princípio *nulla poena sine culpa*?<sup>181</sup>

O que podemos marcar é uma diferença de racionalidade quanto á culpa. Enquanto no juízo jurídico-penal esta implica na demonstração de responsabilidade do agente por meio da produção de provas dos fatos, inclusive, contrária até a vontade do próprio autor. A culpa na perspectiva restaurativa é baseada no reconhecimento voluntário da responsabilidade por parte do agente alheio a uma comprovação externa (que normalmente é feita no processo penal).

A culpa, por seu turno, não deve ser pressuposto da resposta restaurativa, nos mesmos moldes em que ela é pressuposto da resposta punitiva. A resposta

---

para reparar o mal causado às suas vítimas e colocar sua vida em uma trajetória responsável. Braithwaite. Op.cit.p.380.

<sup>179</sup> Em verdade, busca-se afastar uma repercussão penal no caso do autor assumir a culpa, como forma de estimular as soluções negociadas, e seu cumprimento, já que o mesmo a fez de forma voluntária e implícita, quando assume ser responsável pelo dano causado à vítima.

<sup>180</sup> Vale ressaltar que a perspectiva de análise da autora é um modelo de Justiça Restaurativa fora do sistema penal, ou seja, minimalista.

<sup>181</sup> SANTOS. Cláudia Cruz. **Justiça Restaurativa**: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 421.

restaurativa não se lastreia em uma imposição autoritária de responsabilidade do agente, mas o que interessa é a se o agente se sente responsável por um dano.

Como já citado, na visão de Braithwaite sobre a responsabilização ativa, também podemos identificar esta mesma essência no pensamento de Cláudia Cruz Santos. A autora entende ser a responsabilidade que é essencial para a justiça restaurativa seria aquela assumida pela vontade própria do autor, em relação à consciência de que se causou um mal a outrem. Isso importará na busca voluntária para a solução dos problemas causados e que se adéqüe reparação do dano e a pacificação do conflito<sup>182</sup>.

2. Não menos importante, mas também integrado ao princípio da culpabilidade, o princípio da proporcionalidade surge como uma questão a ser pensada no âmbito dos deveres assumidos pelo autor na justiça restaurativa. Se para o modelo tradicional a proporcionalidade indica que, de acordo com o juízo de censura, a pena aplicável haverá de ter uma razão proporcional ao grau de culpabilidade, o que implica na limitação da pena. Como se dará a acepção deste princípio pela justiça restaurativa?

Nesse quesito, haveria uma limitação dos deveres suportados pelo autor do dano cuja finalidade seria sua reparação à vítima? O critério aqui de reparação do dano será construído subjetivamente. A proporção para a justiça penal terá impacto na dosimetria da pena, esta será a prisão ou aplicação de multa, a referência de resposta ao delito são estas penas. Distintamente, o sentido de proporcionalidade para a justiça restaurativa não é assentada na mesma racionalidade da justiça penal.

O que estamos a dizer é que o sentido de proporcionalidade para a justiça restaurativa não se confunde como o sentido penal, qual seja, proporção de aplicação da pena (prisão ou multa) em razão da culpabilidade do agente. Aqui a resposta ao delito será construída por meio da reparação aos danos, e esta reparação não será ilimitada. A proporcionalidade será dada por uma ponderação entre o dano efetivamente causado e a capacidade e concordância do agente em repará-lo, levando em consideração o interesse, tanto da vítima, quanto do agente.

---

<sup>182</sup> SANTOS. Op. Cit. p.438-439.

Geralmente, o debate sobre a proporcionalidade é revelado por uma questão de justiça e igualdade de tratamento<sup>183</sup>.

O juízo de proporcionalidade para limitação da reparação do dano poderá ser acordado no procedimento restaurativo em razão da gravidade do ato cometido e da conseqüência jurídica ditada pela justiça penal que, previsivelmente, lhe poderá caber. Essa é a idéia trazida por Santos, em que o direito penal ainda serve de referencial em relação à ponderação do desvalor da conduta e desvalor do resultado<sup>184</sup>.

Todavia, não advogamos esta opinião, visto que a acepção da proporcionalidade não é feita, pela justiça restaurativa, da mesma maneira que o pensamento jurídico-penal. Mylène Jaccoud também traz essa noção onde diversos partidários da justiça restaurativa colocam que a proporcionalidade não seja um critério pelo qual a justiça restaurativa deva se nortear. O peso da subjetividade das partes, no modelo restaurativo é inevitável e inerente, o que pode causar duas situações objetivamente comparáveis (exemplo de um crime de dano) que sejam negociadas de maneira diferenciada pelas respectivas partes, e que a obrigação gerada pelo consenso, não só tenha a probabilidade de serem distintas e específicas, portanto, diferenciadas<sup>185</sup>.

O sentido de harmonizar o princípio da proporcionalidade pela justiça restaurativa está em entender que este modelo de reação ao crime não busca negar as conquistas da justiça penal nem outras regras do garantismo penal. Ela deve buscar

---

<sup>183</sup> Na realidade, nessa linha são feitos dois tipos de críticas ao modelo da justiça restaurativa: o fato de que uma causa pode receber um tratamento mais suave em um modelo restaurativo, ou que ele pode receber um tratamento mais severo. Eventualmente, o debate sobre a proporcionalidade (ou sua ausência dela do modelo da justiça restaurativa) remete às questões de justiça e igualdade de tratamento. Alguns programas de justiça restaurativa tentam responder parcialmente a estas críticas propondo alertas. Por exemplo, no Quebec, os organismos de justiça alternativa encarregados da aplicação das sanções extrajudiciais previstas na lei sobre o sistema judicial penal para os adolescentes devem manter informadas as partes envolvidas em uma mediação em que elas não possam concluir acordos que comportem medidas mais severas que as prescritas na lei (ROJAQ, 2004). Estas disposições restringem a subjetividade das partes sem anulá-la completamente. Elas permitem responder à segunda crítica; mas, esclareça-se, não à primeira. Alguns especialistas introduziram a noção de “reparação razoável” para tentar prestar contas dos dois tipos de críticas (ver principalmente Walgrave, 2003), sem contudo definir o que esta noção encobre. JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça: Brasília. p.178.

<sup>184</sup> SANTOS. Op.cit.p.443.

<sup>185</sup> JACCOUD, Mylène. Op.Cit p.177

uma coerência em relação a estas conquistas para que uma resposta restaurativa, não limitada pela proporcionalidade, conduza a um resultado mais gravoso<sup>186</sup>.

Dessa maneira poderemos pontuar que tanto em relação ao princípio da culpabilidade quanto ao princípio da proporcionalidade, no que toca ao modelo de justiça restaurativa, esta o interpretará de maneira diversa, com base num modelo de reação ao crime que está pautado pela voluntariedade, e não permitiria um sancionamento coativo. Logo, não seria submetido a um procedimento restaurativo o autor que se negue a assumir responsabilidades de reparação do dano em benefício da vítima.<sup>187</sup>

3. O princípio da Obrigatoriedade está intimamente ligado a dois princípios processuais penais: indisponibilidade da ação penal e oportunidade.

Nosso ordenamento jurídico penal e processual penal é conformado pela obrigatoriedade a ação penal pública. O seu titular, o Ministério Público, representa o interesse estatal e social na persecução penal, ele é obrigado a atuar processualmente sempre que ocorra um delito de ação penal pública. Está intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade da ação penal, onde é vedado no curso da ação penal, a sua desistência. Isso incorpora o valor de *dominus litis* da ação penal que é dado ao Ministério Público.

O princípio da obrigatoriedade não corresponde ao modelo de processo penal democrático, onde se percebe maior aceitação do princípio da oportunidade na ação penal pública. Isto reside na própria noção de intervenção mínima do direito penal, e permissão de que o Ministério Público possa decidir, com maior liberdade, sobre deflagrar ou não a ação penal, sem, contudo abandonar seu papel de defesa social.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Assim, Cláudia Cruz Santos conclui que “isentar a resposta restaurativa de qualquer limite pela proporcionalidade poderia conduzir a uma inversão dos lugares do maior e do menor desvalor da restrição possível de direitos fundamentais, permitindo-se que a intervenção restaurativa acabasse por conduzir a um resultado mais desvalioso e com base em um processo menos garantístico. SANTOS. Op. cit. p. 444.

<sup>187</sup> Essa posição ainda será questionada, posto que autores que advogam pela perspectiva maximalista da justiça restaurativa entendem ser possível o uso de coerção para a reparação do dano, mesmo que não haja voluntariedade por parte do autor.

<sup>188</sup> ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal. Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416>>. Acesso em: 17 maio 2016

O maior ponto de tensão entre a justiça restaurativa está em transpor a concepção de que, excluído o conflito privado (ilícito civil já delineado no capítulo anterior) cabe ao Estado, e somente a ele, o monopólio da função jurisdicional penal<sup>189</sup>. Como será então possível conceber a intervenção do Estado junto com a participação de pessoas diretamente relacionadas com o delito cometido no processo decisional que objetiva por fim ao conflito? Nesse caso devemos admitir a sua mitigação no modelo de justiça restaurativo para que esta possua um alcance horizontal.

Nils Christie já criticava o elemento de subtração dos conflitos por parte do Estado, e a sua profissionalização como um obstáculo do modelo tradicional de justiça penal para novas alternativas á punição<sup>190</sup>. A devolução do conflito às partes, proposta pelo modelo restaurativo também encontra resistência, quando falamos na natureza pública de delitos mais graves, em que, pelo desvalor que representa a conduta, devem ser perseguidas e sancionados pelo Estado, independentemente da vontade do ofendido.

Tal argumento deve ser contestado, posto que, isso não impede que outros conflitos mereçam uma resposta não-punitiva, ao abrigo de procedimentos da justiça restaurativa. E ainda mais, a perspectiva maximalista permite o uso de prática restaurativa em crimes de maior gravidade, mas este modelo da justiça restaurativa se insere, também, através do sistema penal<sup>191</sup>.

A chave central, ao nosso entender, é justamente a possibilidade deste princípio ser maximizado, em relação à obrigatoriedade e indisponibilidade. Dessa maneira os procedimentos restaurativos ganhariam maior impulso. Conforme já dito anteriormente, merece nota o pensamento de Selma Santana, quando nos fala sobre o princípio da oportunidade

A idéia da oportunidade surge, numa primeira análise, associada à idéia do exercício discricionário de atuação, por razões de conveniência de determinada natureza. Todavia, no contexto da administração da justiça, discricionariedade não pode e não significa arbítrio; trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade da realização da justiça.

---

<sup>189</sup> SILVA. Germano Marques, **Curso de Processo Penal – Noções Gerais**, Elementos do Processo Penal.vol I, 6ª Ed, Lisboa:Verbo, 2010, p.86.

<sup>190</sup> CHRISTIE, Nils. **Limits to pain**. The role of punishment in penal policy. Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981, p.50.

<sup>191</sup> WALGRAVE.Lode. Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In: Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.435

Trata-se de um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas na lei, ou seja, tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável.

Importa referir que não se encontra na doutrina, e muito menos em sede legal, uma definição do que seja o princípio da oportunidade. Seu tratamento é feito por referência ao princípio da legalidade, ou seja, releva na esfera do princípio da legalidade. Embora objeto de discussão sua admissibilidade, o princípio da oportunidade tem vindo ganhar cada vez mais aceitação nas legislações, quer seja entendido como exceção ou limite ao princípio da legalidade, quer como manifestação interna ou parte integrante e complementar deste último princípio<sup>192</sup>.

Dessa maneira, para que o princípio da oportunidade possua reflexos positivos frente à justiça restaurativa, é necessária a fixação de critérios onde será possível a atribuição de práticas restaurativas; nesse caso, a lei poderá indicar os tipos penais selecionáveis em razão da natureza da infração, lesividade, gravidade, limites máximos de penas previstos. Isso importa olhar mais à frente, numa releitura radical do princípio da obrigatoriedade, conjugado com o princípio da oportunidade onde determinados casos, passem primeiramente por um procedimento restaurativo antes da deflagração da ação penal<sup>193</sup>.

Isso demonstra a construção de uma estrutura diferenciada em que o Ministério Público, com base em critérios objetivos, demandaria a instauração de procedimentos restaurativos.<sup>194</sup> Todavia, merece destaque que os sistemas penais que são regidos pela obrigatoriedade e indisponibilidade impõem maiores dificuldades para o recurso de programas restaurativos.

Georg Zwigner faz menção que merece destaque em que as práticas restaurativas têm maior prevalência nos países anglo-saxônicos que aceitam o juízo de oportunidade. Entre países da Europa continental merece destaque a França, Bélgica e Áustria, posto que suas legislações admitem derrogações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal em face da instauração de procedimentos

---

<sup>192</sup> SANTANA. Op. cit. nota 53

<sup>193</sup> Podemos observar que com o Novo Código de Processo Civil, torna-se necessária a audiência prévia de mediação ou conciliação (art.334). Neste modelo há uma tentativa de acordo antes do curso normal do processo. No caso penal, estaríamos lidando de uma forma diferenciada, posto que o procedimento restaurativo estaria posto, nesse momento, numa fase pré-processual.

<sup>194</sup> Tais aspectos procedimentais serão aprofundados nos próximos tópicos, quando falaremos sobre o lugar da prática restaurativa frente ao processo penal e em relação aos mecanismos de controle do sistema penal.

restaurativos normatizados em seus ordenamentos jurídicos. Nesse caso, estamos diante da instauração de mecanismos diversionistas para infrações menos graves<sup>195</sup>.

Dessa maneira, é perceptível que nas práticas da justiça restaurativa, apesar do campo de resistência em relação ao domínio estatal de controle punitivo, é possível integrar práticas diversionistas ao sistema penal, englobando a justiça restaurativa. Essa opção merece destaque uma síntese de Claudia Cruz Santos, da qual, discordamos parcialmente:

Em síntese com finalidade simplificadora, poder-se-á afirmar que a justiça penal ocupa de um macro-conflito, enquanto a justiça restaurativa tem por objeto um micro-conflito. Esta centra-se no conflito entre o agente e a sua vítima, enquanto aquela se centra no conflito entre o agente e a comunidade suportada pelo valores que as incriminações penais protegem. O que parece coerente com a compreensão da função do direito penal, de protecção subsidiária de bens jurídicos, enquanto a justiça restaurativa visa a reparação dos danos sofridos pelos vários intervenientes no conflito crimina<sup>196</sup>

Quando a autora se refere a micro-conflitos, entende-se por uma opção purista (minimalista) da justiça restaurativa. Aqui estamos diante de uma dimensão pública ou privada do conflito, mas de relevância penal para ambos. Às infrações penais de menor ofensividade, pode-se delegar o mecanismo de controle diverso do processo penal tradicional, por meio de práticas restaurativas.

Por seu turno, podemos identificar que a justiça restaurativa deve estabelecer uma estrutura de pensamento distinta da forma tradicional da justiça penal ao encarar os princípios da culpabilidade, proporcionalidade e obrigatoriedade. Ela não se opõe a estes princípios na medida em que o alcance de suas práticas seja delimitada legalmente.

As regras processuais não estão sendo violadas, mas flexibilizadas, ressignificadas, como vimos, em benefício das partes envolvidas. Nesta senda, a incorporação de práticas restaurativas no ordenamento jurídico encontra uma aparente resistência, mas que é contornável com sua normatização. Por seu turno, este pensamento não é pacífico entre os teóricos da justiça restaurativa, vale ressaltar.

---

<sup>195</sup> ZWINGER, Georg. **Restorative justice practice and its relation to the criminal system**, Actas to the Second Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Bélgica, 2002, p.85.

<sup>196</sup> SANTOS, Op. Cit. p. 469.

Se a crítica inicialmente feita, onde o surgimento do movimento de justiça restaurativa se opõe ao modelo tradicional da justiça penal retributiva, podemos compreender como essa nova lógica de reação aos conflitos poderá ser estabelecida em diversos ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, trataremos das perspectivas minimalista e maximalista da justiça restaurativa que importa no estabelecimento do campo futuro ou como fala Walgrave “L’avenir de la justice restaurative”<sup>197</sup>.

#### 4.2 VERTENTES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: MINIMALISMO OU MAXIMALISMO?

Após delinear algumas questões que envolvem princípios da justiça penal tradicional com a justiça restaurativa, percebemos ao longo de nossa explanação algumas tensões. Há, inclusive, discordâncias dentro do movimento restaurativo sobre o papel da justiça restaurativa frente à justiça penal. Para tanto, falaremos agora das vertentes que são classificadas dentro do movimento restaurativo: minimalistas ou puristas e maximalistas.

A visão mínima ou máxima da perspectiva restaurativa impacta sobremaneira o papel que este modelo de justiça terá. A justiça restaurativa não possui uma definição própria, ela é um modelo em construção, um produto inacabado como afirmou Walgrave<sup>198</sup>.

O que nós possuímos, diante da gama de teóricos restaurativos, é uma tentativa de dizer o que a justiça restaurativa deve ser. O próprio Leonardo Sica diz que a justiça restaurativa se constitui num conjunto de práticas em busca de uma teoria<sup>199</sup>, e nesse sentido corroboram Van Ness & Strong<sup>200</sup> quando afirmam que determinadas práticas de mediação vítima-agressor, e círculos restaurativos tiveram início muito antes da própria teoria restaurativa.

---

<sup>197</sup> WALGRAVE, Lode. Comment combiner Justice Restauratrice et Justice Pénale: questions et discussions. In: GAILY, Philippe (org) **La justice restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011. p.413

<sup>198</sup> WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Devon: Willan Publishing, 2008, p.11.

<sup>199</sup> SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime, Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2007. p.10.

<sup>200</sup> VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring Justice** – An Introduction to Restorative Justice, 4ª Ed., Cincinnati: Anderson Publishing, 2010, p. 23.

Diante dessa complexidade aparente, merece destaque a posição de Mylène Jaccoud, ao abordar sobre o tema. Em face da multiplicidade das práticas restaurativas, surge um processo de categorização que visa compreender determinados procedimentos como restaurativas ou não:

<b>J U S T I Ç A RESTAURATIVA</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>FINALIDADES</b>	<b>EXEMPLOS</b>
I (modelo centrado nas finalidades)	(secundário)	R e s t a u r a t i v a (centrais)	Ordens de compensação Trabalhos comunitários
II (modelo centrado nos processos)	Negociado (central)	(secundário)	Círculos de sentença
III (modelo centrado nos processos e nas finalidades)	Negociado (central)	R e s t a u r a t i v a (centrais)	Mediação

Tabela 2: As orientações da justiça restaurativa<sup>201</sup>

Desse modo, podemos perceber alguns modelos de práticas que privilegiam a finalidade restaurativa (reparação do dano). Os partidários desta vertente da justiça restaurativa dizem que as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias, independentes do processo adotado para atingir este fim. Corrobora com este pensamento Walgrave, e esta orientação teórica é o marco da perspectiva máxima da justiça restaurativa, onde é possível a imposição de sanções restaurativas dotadas de coercitividade, onde o juiz, por exemplo, poderá obrigar ao autor do delito ao cumprimento de uma medida reparatória<sup>202</sup>.

Na outra vertente, o modelo baseado no processo, a finalidade restaurativa não é prioritária. A simples participação dos envolvidos com os danos da infração (vítimas imediatas, vítimas indiretas, como familiares, e comunidade) é que definirá o processo ser considerado, ou não, como restaurativo. Mesmo que o resultado deste processo implique em uma finalidade de cunho retributiva, como uma pena de prisão, somente o fato de haver negociações, consultas e envolvimento das partes é suficiente para que esta prática seja considerada restaurativa. O exemplo dos

<sup>201</sup> JACCOUD, Op. Cit. p.170.

<sup>202</sup> Idem, Ibidem, p.171.

círculos de sentença americanos, onde se poderá ter como resultado, a prisão do infrator, o processo que inclui a participação e deliberação de outros atores envolvidos no conflito, por si só consideraria tal prática como restaurativa. Desse modo, Jaccoud discorda considerar práticas deste modelo como sendo da justiça restaurativa<sup>203</sup>.

Já o último modelo, centrado nos processos e nas finalidades, define a justiça restaurativa por meio de processos negociados e com finalidades e resultados restaurativos. Jaccoud considera que este modelo seria uma visão mais restrita da justiça restaurativa (minimalista).

As condições são necessariamente obrigatórias, e suas críticas residem no fato de a voluntariedade ser elemento central para o acontecimento da prática restaurativa. Isso reduziria o alcance da justiça restaurativa à boa vontade das partes em participar do processo restaurativo, de modo a confinar programas restaurativos à administração de conflitos sumários, menos graves<sup>204</sup>.

Walgrave já sinalizaria que este modelo designa a perspectiva minimalista ou diversionista da justiça restaurativa. Isso implica na construção de um modelo de justiça restaurativa com práticas civis, e não mecanismos jurídicos, necessariamente, como encaminhamentos alternativos de práticas restaurativas fora do sistema de justiça penal<sup>205</sup>.

A partir desta leitura, em relação às perspectivas em sobre práticas restaurativas, é necessário pontuar que o lugar de implementação destas, frente ao sistema de justiça, torna-se o elemento definatório entre minimalismo e maximalismo.

Pontuaremos, inicialmente, a vertente minimalista. Por meio desta visão, a justiça restaurativa se insere como um modelo de justiça que se desvia do sistema judiciário. O ponto principal é que para a realização das práticas restaurativas as partes envolvidas no conflito devem aceitá-la voluntariamente, o estado seria afastado da administração destes processos. Assim, a justiça restaurativa seria

---

<sup>203</sup> JACCOUD, Op. cit. p. 171

<sup>204</sup> Idem, ibidem, p.171.

<sup>205</sup> WALGRAVE, Lode. **La justice réparatrice**: à la recherche d'une théorie et d'un programme, in Criminologie, Vol. 32, 1999, p. 14.

concebida como um modelo alternativo ao sistema de justiça estatal e estaria relegada a enfrentar delitos de pouca gravidade.

Nesse sentido, nos esclarece Claudia Cruz Santos:

De facto, em princípio a concepção minimalista só será compatível com a exclusividade da intervenção restaurativa quanto à criminalidade menos grave, reveladora de menor necessidade de punição do agente. Mas, mesmo quando á luz de uma consideração dos fins da pena se julgue incontornável o sancionamento penal, o modelo minimalista não exclui a existência de práticas restaurativas cumulativas com a normal actuação da justiça penal<sup>206</sup>.

Essa proposta minimalista, na percepção de Claudia Santos, pode parecer equivocada. Se já afirmávamos que o minimalismo estaria fora do controle jurídico-penal, como agora ele estaria inserido? Compreendemos que seria uma mutação de aspectos do minimalismo em aceitar a sua integração com o modelo de justiça penal, sem substituí-lo, uma posição não tão radical enquanto a que iremos abordar que é a vertente maximalista. Todavia, o marco principal de distinção importa na necessidade de voluntariedade dos atores envolvidos no conflito para a realização da prática restaurativa, e construção consensual da reparação a ser realizada, mesmo que esta prática acabe sendo inserida no sistema de justiça.

Nesta mesma percepção de Claudia Cruz Santos, Myléne Jaccoud nos informa ser a perspectiva minimalista a dominante, mesmo que a maioria das práticas restaurativas esteja sendo aplicada dentro do sistema penal (reuniões entre vítimas e detentos, sanções restaurativas). Esse aspecto acaba por contribuir na confusão entre os limites e objetivos da justiça restaurativa, já que a mesma está inserida na justiça penal<sup>207</sup>.

O traço distintivo que podemos inferir é o aspecto da voluntariedade das partes para participação da prática restaurativa e a busca pela autonomia da justiça restaurativa frente ao sistema de justiça penal, de modo a conceber a necessidade da existência do sistema penal para crimes de maior gravidade. Não é uma proposta de substituição da justiça penal para a justiça restaurativa, mas de existência paralela, e também integral, destes modelos de reação ao crime.

---

<sup>206</sup> SANTOS. Op. cit. p.169-170.

<sup>207</sup> JACCOUD. Op. cit. p. 172

Já a outra vertente, maximalista, possui outro olhar sobre o papel que a justiça restaurativa deve desempenhar. Como teóricos adeptos a esta construção teórica Lode Walgrave, Gordon Belzmore e Mylène Jaccoud, o marco principal da justiça restaurativa está em promover que “toda e qualquer ação seja primeiramente orientada para a realização da justiça através da reparação do mal causado pelo crime”<sup>208</sup>.

Nesse caso, a justiça restaurativa é encarada a partir de um modelo centrado nos resultados e inclui como elemento central, além da reparação, a possibilidade do uso da coerção para atingir finalidades restaurativas. Claudia Santos já nos chamava atenção por este modelo possuir uma tendência abolicionista, e busca situar o modelo de justiça restaurativo como substitutivo da justiça penal, enquanto modelo de reação ao crime

Distinta da posição de voluntariedade, Walgrave sinaliza que este elemento não deve ser central. A qualidade da prática restaurativa será consideravelmente maior caso o infrator coopere livremente, esta percepção é defendida por Marshall e a vertente minimalista. Dessa maneira, a maximização dos resultados no processo restaurativo estaria diretamente ligada à colaboração voluntária na resolução dos conflitos<sup>209</sup>.

Nesse intuito, a colaboração do infrator contribui com o processo de reparação e expressa sua compreensão face ao ato cometido e aos danos causados, implica reconhecimento de sua responsabilidade e vontade de reparar o dano causado. Tal atitude, como sinaliza o próprio Walgrave, demonstra uma obediência às normas sociais, e reconhece o direito das vítimas. Portanto, o valor restaurativo seria maior do que se o infrator cumprisse estas determinações por uma imposição legal com o fito de evitar problemas futuros. Porém, a cooperação voluntária não seria um valor em si mesmo, mas representaria um modo de buscar uma qualidade no processo de reparação<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> WALGRAVE, Op.cit. p. 6.

<sup>209</sup> WALGRAVE, Lode. **Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime.** In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.433

<sup>210</sup> WALGRAVE, Op.cit.p.434

O dilema maior da construção do sistema maximalista da justiça restaurativa reside na aceitação da coerção, como meio de se alcançar resultados restaurativos. Esse assunto é constantemente debatido, e podemos verificar algumas nuances na seguinte fala do próprio Walgrave:

Muitas vezes, por razões variadas, não é possível fazer um acordo, ou talvez a ação proposta não seja suficiente para atingir o objetivo. Nesses casos, pode ser necessário usar de coerção, que só poderá ser imposta pelo sistema judicial. Na versão maximalista da justiça restaurativa, os procedimentos judiciais e as sanções também são considerados a partir da perspectiva restaurativa. As sanções restaurativas incluem a imposição de restituição formal ou de compensação, pagamento de uma multa, ou a prestação de serviço em benefício de um fundo para a vítima e/ou serviço comunitário. Outros elementos de privação de liberdade, como por exemplo a permanência forçada em um ambiente fechado, são usados para impor o cumprimento das sanções restaurativas ou para prevenir atos infratores por parte de infratores considerados de alto risco à segurança pública. Essas sanções são impostas, pois não são fruto de acordos voluntários, portanto elas não satisfazem o potencial do paradigma restaurativo na íntegra<sup>211</sup>.

A imposição coercitiva de obrigações, com fito reparatório, é muito criticada pela vertente minimalista, posto que isso aproxima a justiça restaurativa da justiça penal. Aceitar o uso de sanções restaurativas coercitivas, impostas, como disse o autor, por procedimentos judiciais, deixa pouca ou quase nenhuma diferença entre tais sanções e a punição tradicional.

Para evitar essa comparação com a justiça penal, o referido autor busca distinguir a punição da sanção restaurativa (reparação coercitiva). A reflexão consiste em que a punição é composta por três elementos: tratamento severo, intenção de impor esse tratamento e sua ligação com o ato delituoso cometido anteriormente<sup>212</sup>. Se uma obrigação dolorosa é imposta, sem o intuito de causar sofrimento, ela não seria considerada como punição.

Essa posição chega a ser contraditória quando se admite o uso da punição como um meio de alcançar a restauração. O que na verdade se busca é uma releitura destes termos e, já que um sistema maximalista viria a substituir o modelo de justiça penal, ele ainda guardaria elementos daquele sistema. Mas não seria prevalecente uma posição de retribuição<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Idem, p.434

<sup>212</sup> VON HIRSCH, A. **Censure and sanctions**. Oxford: Clarendon Press, 1993, p.9

<sup>213</sup> Nesse sentido, Walgrave tenta superar esta aparente contradição: A punição é um meio que pode ser utilizado para impor a execução de qualquer sistema legal. Ela é um ato de poder que expressa

Devemos esclarecer aqui alguns pontos que foram tomados em consideração pelos teóricos que defendem um sistema maximalista para justiça restaurativa. O primeiro ponto reside em fincar o fato de que, tanto na abordagem punitiva, quanto na restaurativa, o infrator será responsabilizado por suas ações. Nessas duas abordagens, serão tomadas em consideração as circunstâncias sociais e pessoais no procedimento. A capacidade do autor do dano em compreender sua conduta, assumir sua responsabilidade, voluntariamente, é um elemento chave levado em consideração nos processos restaurativos consensuais<sup>214</sup>.

Nesse sentido, como já pontuamos, o aspecto de responsabilização ativa, aqui, a reparação coercitiva, será pautada na ação prospectiva e retrospectiva. Se o modelo de justiça penal é essencialmente retrospectivo, a busca essencial será pelo grau de culpabilidade e os fatos ocorridos. Na abordagem restaurativa, além destas questões pergunta-se como buscar uma maximização da contribuição da sanção no procedimento restaurativo?

Esse olhar não é considerado na justiça retributiva posto que esta se preocupa em priorizar o ato punitivo, e também porque ela não é prospectiva. Já a justiça restaurativa maximalista, por ter, como finalidade, a reparação do dano, é também prospectiva. Isso ainda implica em dizer que os processos voluntários não são esquecidos pela abordagem maximalista, mas não se tornam determinantes para a busca da reparação do dano por via judicial. O que se delineia, novamente, é a importância que se dá para a voluntariedade de participação nas práticas restaurativas como mais adequados para avaliação dos danos e das ações restaurativas viáveis.

---

desaprovação, possivelmente com o intuito de impor o cumprimento da norma, mas que é neutra em relação ao sistema de valores que deve ser executado. A prática restaurativa, por sua vez, não é um meio, mas um produto. É inegável que a justiça restaurativa é uma abordagem baseada na estrutura causal e nas consequências do ato infrator. A sua principal característica é a promoção da justiça por meio de práticas restaurativas. A abordagem restaurativa é inerentemente ampla em seu escopo, o que demonstra claramente a sua orientação em prol da qualidade da vida social, como principal elemento de orientação normativa.

A justiça criminal tradicional concebe a punição como o principal meio de intervenção, a fim de alcançar uma gama de objetivos possíveis. Em contraste, a justiça restaurativa incorpora a ação restaurativa no seu sentido mais amplo, como uma meta a ser alcançada. Partindo desse princípio, ela elege instrumentos sociais e legais diversos que auxiliem no cumprimento desse objetivo. O ato punitivo não é o meio mais apropriado à realização da restauração. Na verdade, a adoção do ato punitivo como forma de intervenção prioritária geralmente cria um sério obstáculo à possível restauração dos danos.

WALGRAVE. Op.cit. p. 436

<sup>214</sup> Idem, ibidem, p. 446.

Isso importa dizer que o sistema maximalista deve nortear procedimentos judiciais com a ótica dos métodos restaurativos, o que geraria um curso diferenciado dos processos penais tradicionais. Esses marcos são colocados por Walgrave da seguinte maneira:

- Como a intervenção coercitiva deve ser usada parcimoniosamente, em todas as fases do processo, os procedimentos da justiça restaurativa devem possibilitar uma mudança em direção aos regulamentos penais informais e voluntários. Sempre que possível, essa mudança de curso é obrigatória. A decisão de levar o julgamento aos tribunais deve ser justificada por argumentos positivos, e não apenas com base na constatação de que “houve uma violação da lei”. Isso se dá porque é preciso minimizar a invasão do domínio e também porque, nos processos restaurativos, o escopo para acordos voluntários é maior.
- Os procedimentos da justiça restaurativa devem oportunizar a contribuição das vítimas e demais indivíduos afetados pelo crime. Essa colaboração é fundamental na definição do tipo e severidade do dano e também na busca do melhor resultado restaurativo possível. Entretanto, devido aos direitos legais, esses atores talvez não gozem de qualquer poder decisório.
- A investigação criminal não está centrada apenas no estabelecimento dos fatos e da culpabilidade, mas também na definição do dano, sofrimento e insegurança social causados pela infração. Também serão exploradas possíveis alternativas de negociação e, por conseguinte, “mudanças de direção” e sanções restaurativas possíveis, caso uma mudança no curso não seja viável.
- Conforme já mencionado, a sanção não iria associar a seriedade do crime à punição proporcional, e sim a gravidade e tipo de dano ao máximo de esforço restaurativo, de acordo com o princípio da razoabilidade<sup>215</sup>.

Merece ainda, para firmar essa posição máxima da justiça restaurativa o pensamento de Mylène Jaccoud. Segundo a autora, a partir do momento em que um sistema de justiça estatal muda para privilegiar a reparação dos danos causados às vítimas, chamando o ofensor para contribuir em detrimento da pena, tal sistema não é mais retributivo, mas sim restaurativo. Mesmo que haja coerção, não será a percepção interna do autor ou seu nível de constrangimento que determinará a classificação desse sistema, como não restaurativo. O parâmetro de definição do sistema de justiça maximalista será, frise-se, a finalidade de reparação do dano e não a percepção dos envolvidos<sup>216</sup>. Ainda nesse raciocínio, defende Jaccoud que o termo “sistema penal” seria substituído por “sistema de justiça”, onde a sanção punitiva (encarceramento) é compreendida como a última forma de sanção em casos onde o autor representa uma real ameaça à sociedade.

---

<sup>215</sup> WALGRAVE. Op.cit. p. 446-447

<sup>216</sup> JACCOUD. Op. cit. p. 173.

Podemos pontuar, neste pensamento maximalista da justiça restaurativa, que, caso o sistema de justiça penal estatal não transforme suas finalidades punitivas, acrescentando uma finalidade restaurativa, não há verdadeiramente uma mudança. As dimensões restaurativas seriam inseridas como uma ferramenta a mais de endurecimento do sistema, exigindo-se ainda mais dos infratores, que cumpririam suas penas além de iniciativas restaurativas. Haveria um desequilíbrio aparente. A nosso sentir, será válida a perspectiva maximalista se, realmente, ela tiver força transformativa e não ser apropriada pela lógica de pensamento punitivo.

A observação antagônica de Claudia Cruz Santos pode parecer inicialmente correta e corrobora, em parte, como o que acabamos de dizer. Assim:

A assunção das finalidades penais e dos procedimentos penais priva da autonomia a proposta restaurativa e aproxima-a inexoravelmente de um modelo de reacção ao crime cujas insuficiências, precisamente, deveria pretender colmatar. Esta concepção maximalista impede assim, segundo se crê, que a justiça restaurativa se assuma como deveria, enquanto outra resposta a uma outra dimensão do crime.

Finalmente, quando se defende que qualquer solução que garanta uma reparação dos danos causados à vítima é restaurativa, independentemente da forma coactiva como foi atingida, parece legitimar-se a afirmação de que várias soluções já conhecidas pelo direito penal e pelo direito processual penal são, afinal, soluções da justiça restaurativa<sup>217</sup>.

Não parece ser a intenção dos teóricos maximalistas relegitimar o sistema penal. Mas modificá-lo, seja em sua racionalidade, ou no resquício que ainda tiver de retributividade, manter o sistema predominantemente restaurativo.

O risco que se corre, onde temos as críticas acima referidas, é que a tentativa de esvaziamento do sistema penal pela perspectiva maximalista e o alargamento da justiça restaurativa (inclusive em crimes mais graves) pode causar a percepção de que este é mais um instrumento de expansão da intervenção penal, sendo apenas mais um mecanismo de controle do sistema penal.

Na verdade, a leitura que devemos fazer da proposta maximalista é que ela visa substituir a lógica punitiva do sistema penal. Para isso, a justiça restaurativa é posta como um paradigma dominante e seus princípios devem nortear os processos judiciais, não implicando em um retrocesso das garantias já conquistadas pelo sistema de justiça penal, mas ampliando a ótica de pensamento sobre a reação ao crime.

---

<sup>217</sup> SANTOS, Op.cit. p.170.

Essa visão sobre a justiça restaurativa pode ser comparada à perspectiva das teorias deslegitimadoras do direito penal<sup>218</sup>. Especialmente quando se fala de um minimalismo penal radical, em que haveria uma contração no âmbito de atuação do sistema penal, como um passo de trânsito para o abolicionismo total<sup>219</sup>, conforme Zaffaroni defende<sup>220</sup>. Aqui o trânsito seria para o maximalismo. Contudo, tal comparação não sustenta afirmar que a justiça restaurativa se insere no movimento abolicionista, em que pese sua influência<sup>221</sup>.

Tal correspondência é uma opinião nossa, mas, mesmo que a percepção transformativa do sistema penal que essa vertente da justiça (maximalista) restaurativa busca, ainda é possível verificar a existência de um direito penal mínimo, especialmente porque ainda existe a punição (encarceramento) de maneira mitigada. E ainda, conservam-se toda gama de garantias processuais conquistadas, porém com uma releitura que priorize a intervenção restaurativa, conforme já explanado.

O próprio Lode Walgrave, principal referencial teórico sobre o tema, afirma que as distinções entre a justiça restaurativa e a justiça criminal não implicam na rejeição da intervenção coercitiva e da legalidade. Ele está convencido de que há uma necessidade de conservar o sistema penal, mas transformá-lo lentamente e progressivamente ao ponto de que a resposta estatal aos conflitos seja majoritariamente a reparação em detrimento da pena. Dessa maneira, o sistema de justiça criminal evoluiria para um futuro sistema completo de justiça restaurativa (maximalista)<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.110.

<sup>219</sup> Paulo Queiroz resume essa abordagem de maneira sucinta conforme a passagem : “A perspectiva minimalista radical reconhece o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais, criminógeno e incapaz de realizar suas funções declaradas, mas considera impossível a supressão desse sistema sem que se desencadeie, previamente, mudanças sociais estruturais, razão por que a preservação tática do direito penal é necessária enquanto não se operem tais mudanças. Mas isso não impede que se amplie, nalguns casos, a intervenção penal (neocriminalização), desde que seja absolutamente necessária à proteção de interesses sociais fundamentais (saúde pública, meio ambiente etc).  
Idem.p.106.

<sup>220</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Temis, 1990, p.83.

<sup>221</sup> Claudia Santos, Op. cit. p.62.

<sup>222</sup> WALVRAGE, Lode. **Combiner Justice Restauratrice et Justice Pénale**. Bruxelles: Larcier, 2011, p. 439.

Cumprir demarcar que a opção maximalista da justiça restaurativa é um modelo também em construção e considerado utópico pelo próprio Walgrave:

Este capítulo posiciona-se a favor da opção maximalista da justiça restaurativa. Acredita-se que seu valor empírico e sua ética social deveriam ser implementados ao máximo, e não deveriam ser limitados ou subordinados à priorização punitiva. Partindo do princípio de que os processos voluntários são qualitativamente superiores, a opção maximalista também reflete como a intervenção coercitiva, se necessária, pode ser maximamente orientada por métodos restaurativos. Essa opção não é uma visão isolada de como administrar as respostas ao crime. Na justiça restaurativa, o princípio maximalista tem por base uma visão ampla da forma ideal de fazer justiça em uma sociedade ideal. Acredita-se que com a promoção das opções restaurativas, tanto quanto seja possível, a vida social aproxima-se da utopia comunitária. Entretanto, a visão utópica não deve ser aplicada cegamente, é preciso considerar a realidade presente<sup>223</sup>.

Mas em que pese suas posições, não estaríamos numa utopia regressiva, conforme Ferrajoli enxerga o abolicionismo<sup>224</sup>. Já que a inicial idéia de substituição do sistema penal, de forma progressiva, mexe com as estruturas punitivas, com sua racionalidade penal, mas não destrói o arcabouço garantístico conquistado. Reinventa-o sobre uma ótica distinta de encarar o crime e a resposta estatal (ou não estatal) correspondente.

Este pensamento máximo sobre a relação entre a justiça penal e a justiça restaurativa não se dá de forma pacífica e unânime. A relação entre esses modelos de reação do crime é questionável. Veronique Strimelle, por exemplo, interroga se haverá uma hibridização, criando um modelo misto, ou haverá uma apropriação de um modelo pelo outro<sup>225</sup>. Essa crítica, de uma possível apropriação da justiça restaurativa pela justiça penal é endossada por Jacques Faget.

Para Faget, a crise material e moral experimentada pelo sistema jurídico faz com que se busquem novas formas de ação. Compara essa transformação, à física termodinâmica. Sustenta-se que os sistemas (termodinâmicos), assim como o

<sup>223</sup> WALGRAVE. Op. cit. p.448.

<sup>224</sup> O abolicionismo penal - independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários - configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal - com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. FERRAJOLI, Op. cit. p.275.

<sup>225</sup> STRIMELLE, Véronique. **La justice restauratrice**: une innovation du penal?. Disponível em: <http://champpenal.revues.org/912>. Acesso 15 maio 2016

sistema penal, passariam por momentos de equilíbrio e desequilíbrios, e por meio dessas fases há uma busca de perpetuação do mesmo<sup>226</sup>.

Quando o sistema penal perde sua credibilidade e eficiência, estamos em um momento de entropia, perda de energia. E ao adotar a perspectiva restaurativa, o sistema penal se abre para um novo modelo, que provocará momentos de turbulência, adaptação, mas conduzirá sua revitalização e manterá sua legitimidade<sup>227</sup>.

Do que se abordou, é justamente a possibilidade de coexistência entre as lógicas penais e restaurativas, num primeiro momento. Mesmo com essa opção crítica, para que tal apropriação da justiça restaurativa pela justiça penal não seja feita, a tática não é afastá-la do sistema jurídico-penal, como pensam os minimalistas.

Há que se ter em mente que a opção maximalista não é unânime, muito menos a aceitação da justiça restaurativa. Tanto por sua recente e ainda continuada teorização, esse modelo de resposta aos delitos começa a ganhar corpo apenas a partir de 1990, e possui um desafio homérico frente a um modelo de justiça criminal que constrói sua racionalidade desde o século XVIII<sup>228</sup>.

Os reflexos de integração e/ou substituição de práticas punitivas por práticas restaurativas são delineadas por Mylène Jaccoud de forma muito elucidativa. Isso não diminui a capacidade de transformação a que se propõe o modelo maximalista, apenas, chama a atenção para os reflexos que ocorrerão nos estudos atualmente feitos sobre o uso de práticas restaurativas no sistema penal.

Jaccoud afirma que a justiça restaurativa é sim uma inovação frente ao sistema penal, mas o efeito inovador é variável. Isso independe da concepção que se tenha do modelo de justiça restaurativa (mínimo ou máximo). Essa reflexão importa em dizer que há dois tipos de inovações, as substitutivas e as complementares<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> FAGET, Jacques. **La médiation penale**: une dialectique de l'ordre et du désordre. *Déviance et société*, Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1993\\_num\\_17\\_3\\_1304](http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1993_num_17_3_1304) Acesso em: 15 de maio 2016.

<sup>227</sup> Idem. p.222.

<sup>228</sup> PIRES, Op. cit.p. 20.

<sup>229</sup> JACCOUD, Mylène. *Innovations pénales et justice réparatrice*. Disponível em: <http://champpenal.revues.org/1269>. Acesso em: 15 maio 2016

As inovações complementares podem derivar de uma decisão vertical, como a imposição coercitiva da reparação, onde esta, junto com a sanção penal, estaria no mesmo nível de opções de resposta ao conflito<sup>230</sup>. Ou de forma horizontal, a iniciativa restaurativa estaria em paralelo à resposta penal, como uma sanção suplementar que não altera as atividades funcionais da punição<sup>231</sup>.

Já as inovações de substituição são aqueles que promovem uma mudança, parcial ou total, mas, na prática, em sua maioria é parcial. Esse pensamento de Jaccoud pode estar ligado a perspectiva minimalista, em que, de forma ampla não promove mudanças significativas na justiça penal. Ainda, essas transformações, substitutivas ou complementares podem ocorrer, tanto no interior, quanto no exterior do sistema penal<sup>232</sup>.

Essa abordagem leva em conta o papel das opções maximalista e minimalista. Mesmo que o minimalismo se afaste do sistema penal, e promova uma alternativa substitutiva à resposta estatal frente aquele conflito, ele não realiza uma mudança dentro do sistema penal, mas fora dele. A perspectiva de inovação deve confrontar a lógica de funcionamento interno do sistema penal, como prevê a vertente maximalista.

Só que, na atual conjuntura da justiça restaurativa, ainda estão sendo implementadas práticas dentro do sistema penal, e seus reflexos transformativos são ainda estudados. Lembre-se que a justiça restaurativa é um modelo ainda em construção em enfrenta resistências. Das críticas, como asseveramos, a visão de Jacques Faget é justamente que ocorrerá a apropriação da justiça restaurativa pela justiça penal, tendência esta, que deve ser refutada. Por isso o marco teórico maximalista tenta encontrar elementos e marcas de distinção para dizer que, a justiça restaurativa deve transformar o sistema penal, ela já o faz, e deve ser ampliada.

Com isso, a perspectiva maximalista possui um enorme desafio. O processo de juridicização de práticas restaurativas, com o uso da sanção restaurativa são

---

<sup>230</sup> Nesse aspecto a reparação seria complementar, por ser mais uma opção de resposta dentro do sistema penal, que se utilizaria da coerção.

<sup>231</sup> Nessa perspectiva complementar, a reparação aumentaria o aspecto de intervenção, pois, por exemplo, além do cumprimento da pena, o autor seria obrigado à reparação do dano.

<sup>232</sup> JACCOUD, Op. cit.p.13-14

iniciativas que buscam a mutação das finalidades punitivas no interior do sistema penal. Kathleen Daly afirma que a sanção não difere da pena porque nesta há uma intervenção coercitiva voltada para a punição que cause sofrimento<sup>233</sup>. Posto que é possível uma sanção restaurativa ser vista subjetivamente pelo autor como uma imposição de sofrimento (pena), o fato é que ela não objetiva explicitamente causar sofrimento, a experiência subjetiva do agente não marca localização da sanção restaurativa como punição, pois sua finalidade não é produzir sofrimento<sup>234</sup>.

Por esta razão, o efeito transformativo sobre a justiça penal, é que a justiça restaurativa, além de transformar a lógica de punição, quando houver uma imposição da reparação do dano, estará também orientada por outros valores<sup>235</sup>. Dessa forma, a justiça restaurativa não possuiria uma função complementar, mas filtraria conflitos dentro do sistema judicial que seriam tratados de forma punitiva.

Dessa maneira, podemos concluir que o aspecto de transformação da justiça restaurativa não estaria ameaçado pelo fato de ela estar integrada ao sistema de justiça penal, como prevê o maximalismo. A institucionalização de práticas restaurativas não retira sua capacidade de transformação, conforme diz Mylène Jaccoud: “Em outras palavras, a justiça restaurativa pode se revelar muito transformadora (e mais ainda inovadora) ao interior que ao exterior do penal”.<sup>236</sup>

A existência da resposta ao conflito, fora do sistema jurídico-penal, em nossa opinião, mostra que a vertente maximalista não exclui a minimalista, apenas potencializa o campo de ação da justiça restaurativa. Dessa maneira, o que pode, a princípio, se mostrar como vertentes antagônicas, sob a perspectiva no maximalismo, na verdade, se harmonizam.

A necessidade de demonstrar estes marcos da justiça restaurativa será de grande contribuição para a justiça juvenil restaurativa. Isso implica em desmistificar que haveria violações a garantias processuais, quando na verdade, estas são incorporadas e respeitadas,

---

<sup>233</sup> DALY, Kathleen. **Restorative Justice : The Real Story, Punishment and Society**. Disponível em: <http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/6547/kdpaper12.pdf?se>. Acesso em: 15 de maio 2016

<sup>234</sup> JACCOUD. Op. cit. p. 14

<sup>235</sup> Vide referência da nota 46.

<sup>236</sup> JACCOUD. Op. cit. p. 14 (tradução nossa).

Dessa necessidade, é interessante fazermos um breve apanhado do lugar da justiça restaurativa, ou seja, de que maneiras ela poderá ser integrada ao sistema de justiça.

#### 4.3 O LUGAR DA PRÁTICA RESTAURATIVA

Para compreendermos o lugar da prática restaurativa, que conseqüentemente importa na própria finalidade da justiça restaurativa, devemos levar em conta alguns aspectos. Apesar das distintas abordagens minimalista e maximalista, não podemos perder de vista que a justiça restaurativa se ocupa da finalidade de reparação do dano causado pelo ofensor; participação das partes envolvidas (comunidade) e atingidas pela conduta do ofensor; voz ativa da vítima no procedimento restaurativo, onde suas necessidades materiais, psicológicas são consideradas e determinantes para o alcance da reparação.

Nesse mesmo pensamento, Claudia Cruz Santos orienta que a busca por uma resposta restaurativa está na pacificação dos conflitos em sua dimensão (inter) pessoal que existe no crime, isso ocorrerá com a reparação do dano à vítima que esta diametralmente relacionada com o processo de assunção de responsabilidades do agente, “neutralizando os males que causou, se ‘repara’ a si próprio enquanto cidadão responsável”<sup>237</sup>.

A localização tática dos procedimentos restaurativos pode ter várias conseqüências para as finalidades restaurativas e sua correlação com o sistema de justiça penal. Posto que, de certa maneira, práticas que ocorrem pós-sentenciamento, consideradas restaurativas, visam o amparo psicológico das vítimas, e possibilitam o encontro com os autores que cumprem pena privativa de liberdade<sup>238</sup>, só para citarmos um exemplo.

Não temos, como foco, discutir todas as possíveis práticas restaurativas, classificá-las e distingui-las, não é nosso objetivo. Apenas, de modo exemplificativo e muito sucinto, especificaremos as principais práticas restaurativas: mediação (vítima-ofensor, comunitária, escolar); círculos restaurativos; conferências familiares

---

<sup>237</sup> SANTOS, Op. cit. p. 172 .

<sup>238</sup> JACCOUD, Op. cit. p. 172.

a) A mediação vítima ofensor, surge a partir de experiências nos Estados Unidos e Reino Unido, na década de 70. O programa chamado inicialmente de VORP (Victim-Offender Reconciliation Programs), como o próprio Zehr diz, foi um campo experimental que foi se espalhando a diversos outros locais. Sua principal atuação estava orientada para a pacificação dos conflitos e para a conciliação das partes envolvidas<sup>239</sup>.

Destaca-se, neste procedimento, o encontro entre vítima e autor, permitindo que ambos tenham a oportunidade de diálogo, realizar a catarse (“ventilar os sentimentos”), acompanhados por um mediador que coordenará o andamento do procedimento, prezando pela ordem e o respeito mútuo. Previamente, há o contato individual com a vítima e o ofensor para explicações sobre o procedimento, caso estes demonstrem interesse e voluntariamente acatem, é dada a oportunidade de realização do mesmo. O espaço de encontro será de fundamental importância para a explicação das circunstâncias do fato, a história da vítima, do autor, a quebra de estereótipos, visando a reparação do dano e, se possível, a transformação dos envolvidos. O contexto de diálogo e construção do acordo está sobre o direcionamento de assunção de responsabilidades do ofensor e sua capacidade de reparação do dano<sup>240</sup>.

Este procedimento, diferentemente do processo judicial tradicional, busca empoderar os participantes para que construam uma resolução dos conflitos de forma autônoma. O mediador, em seu papel, deve ser comedido. O papel do mediador não é julgar, tampouco impor compromissos entre as partes, sua atuação é de facilitar o diálogo entre os envolvidos no conflito. Outrossim, diferentemente do distanciamento do processo judicial, a abordagem da mediação permite uma aproximação das partes, com uma finalidade transformadora positiva ao viabilizar a intercompreensão do conflito, uma mudança de olhar sobre a situação vivenciada e sobre o outro. Nesse aspecto, a mediação buscará uma maneira de ressignificação do conflito, por meio da alteração do sentido negativo que aquela experiência causou, podendo levar as partes a superarem aquele episódio<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> ZEHR, Howard. *The Little Book of Restorative Justice*. P.A.: Good Books, Intercourse, 2003. p.45

<sup>240</sup> PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009 p. 108

<sup>241</sup> PALAMOLLA, Op. cit. p. 109.

A reparação do dano não constitui uma finalidade unicamente concreta, como restituir um bem a quem sofreu um determinado dano material; a reparação se dará também no seu sentido simbólico, como um pedido de desculpas, etc. O importante é a compreensão de que o dano causou um mal a alguém e buscar uma maneira de repará-lo<sup>242</sup>.

Quando falamos em mediação, geralmente pensamos na participação obrigatória da vítima e do ofensor. Essa prática restaurativa poderá ter outras modalidades e outras nomenclaturas em razão do espaço onde ela ocorre e em razão da participação das partes. Assim temos a possibilidade da mediação escolar, mediação comunitária, mediação indireta. Estruturalmente, essas formas de realizar a mediação possuem as mesmas bases, excetuando-se a mediação indireta onde não há o contato direto entre vítima e ofensor.

Uma diferenciação entre estas modalidades está no seu momento de aplicação. A mediação pode acontecer em espaços diversos, sejam institucionalizados ou não. No caso da mediação escolar e comunitária, o conflito mediado não está sob o controle do sistema de justiça criminal. Já em casos que envolvam processos judiciais, a mediação poderá ser utilizada antes da sentença como mecanismo de busca pelo acordo entre as partes, e influenciando a própria decisão do juiz.

b) As conferências familiares (Conferencing), segundo Van Ness e Strong<sup>243</sup> são também conhecidos como câmaras restaurativas. Este modelo foi inspirado nas observações do povo Maori que são indígenas da Nova Zelândia.

Há dois modelos básicos de interferência que este procedimento causará na resolução dos conflitos, refletindo no momento de sua aplicação: na primeira forma, os casos (sempre que possível) não são levados para o sistema de justiça (modelo neerlandês); na segunda, a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e os familiares<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup>SCHIFF, Models. Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies, VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 318-319

<sup>243</sup>VAN NESS, STRONG, Op. cit. p. 68-69

<sup>244</sup>JACCOUD, Op. cit. p.117.

Os participantes destas conferências são a vítima, o ofensor, seus familiares, os representantes das autoridades, e a comunidade. Diferentemente da mediação autor-vítima, o terceiro, que interfere nesse procedimento, é chamado de facilitador. Este visa facilitar a comunicação em razão do mero resultado (busca pelo acordo).<sup>245</sup>

As conferências familiares possuem uma estrutura simples com algumas etapas: inicialmente, o facilitador explica como ocorrerá a conferência, suas regras e a necessidade do respeito aos momentos de fala e escuta. Em seguida, o espaço é aberto para a realização dos diálogos com o momento de o ofensor narrar seus fatos, depois os presentes discutem sua visão sobre o ocorrido e sugerem algumas perguntas ao ofensor e à vítima. Superado o momento de discussões sobre o conflito, pretende-se chegar a um consenso sobre um plano de ação para reparação do dano, onde o ofensor se compromete a cumprir o acordo estabelecido<sup>246</sup>.

A relevância deste procedimento está justamente na influência positiva que as pessoas mais próximas do círculo social do ofensor geram, constituindo uma espécie de controle social familiar. O ofensor, por conseguinte, buscará não apenas cumprir o acordo, mas também, não decepcionar as pessoas mais próximas dele que participaram deste procedimento.

c) Os círculos restaurativos consistem em reuniões participativas que visam a integração de várias pessoas afetadas pelo conflito, com o intuito de resolvê-lo de modo respeitoso. Apesar de outras nomenclaturas, como círculos de cura ou grupos focais, os encontros buscam a superação dos traumas sofridos por meio da exposição dos sentimentos e construção de novos sentidos<sup>247</sup>. Aqui também há a presença do facilitador que desempenhará a mesma atribuição descrita anteriormente.

Existem também, na linha dos círculos restaurativos, os círculos de sentença, cujo propósito é estabelecer indicações para o juiz aplicar medidas restaurativas ao ofensor. Seu uso será feito, logicamente, antes da decisão do juiz.

---

<sup>245</sup> SCHIFF, Op. cit. p. 319-320.

<sup>246</sup> Idem. p. 318.

<sup>247</sup> PALAMOLLA, Op. cit. p. 120.

Sua ideia básica consiste no envolvimento da comunidade para a resolução dos conflitos; quanto maior for a amplitude de participação, melhor para o procedimento. Notemos que tal prática restaurativa é recente, razão pela qual não se possui, ainda, muitos estudos a seu respeito<sup>248</sup>. A realização dos círculos restaurativos poderá ser feita em diversos momentos: antes do processo judicial, antes da prolação da sentença ou ainda, após a sentença.

Os procedimentos restaurativos podem estar distribuídos em várias formas. Se antes dissemos que a justiça restaurativa pode ser um filtro em que determinados conflitos serão ou não levados ao judiciário, vemos sintetizados nesse quadro os momentos possíveis de aplicação dessas práticas da justiça restaurativa:

Tabela 3: Localização da Justiça Restaurativa

PRÁTICA RESTAURATIVA	MOMENTO DE APLICAÇÃO	AGENTE PROVOCADOR	POSIÇÃO FRENTE AO SISTEMA DE JUSTIÇA
Mediação Vítima-Ofensor (Mediação Penal)	Judicialmente, pré-sentença	Juiz, Ministério Público, as próprias partes	Formal, sob o controle do judiciário, ou por ele supervisionado
Círculos Restaurativos	A qualquer tempo	Qualquer interessado envolvido no conflito	Informal
Conferências Familiares	A qualquer tempo	MP, Juiz, Polícia.	Informal, sob supervisão do judiciário
Mediação Comunitária e Mediação Escolar	A qualquer tempo	Qualquer interessado envolvido no conflito	Informal

Explicando este quadro, podemos verificar o seguinte. A mediação penal ocorrerá com o controle do judiciário, porque está inserida no processo judicial. Em alguns casos, como o modelo belga, a mediação penal é realizada por ONG's, com a determinação feita pelo Ministério Público. Trata-se de um procedimento fora do processo formal, mas supervisionado pelo Estado<sup>249</sup>.

Os círculos restaurativos podem fazer parte de iniciativas informais e poderão ter o cunho substitutivo ao sistema tradicional de justiça. Aqui, a administração de conflitos poderá ser realizada fora do sistema. Outrossim, caso essa prática seja

<sup>248</sup> ZEHR, Howard. Op. cit. p. 47.

<sup>249</sup> ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p.200.

utilizada dentro ou após a sentença, ela terá um caráter complementar. Isso seria possível com o encontro entre vítimas e autores nas prisões, conforme Zehr. Nesse sentido, a perspectiva do encontro, mesmo com o autor cumprindo uma pena de prisão, busca satisfazer também a necessidade simbólica da vítima de falar com o ofensor, saber de suas razões, exprimir suas angústias, numa tentativa de reparação simbólica.

Essa noção também é válida para as conferências familiares. Seu modelo é pautado nas experiências da Nova Zelândia, daí porque a participação da polícia, como agente provocador das conferências familiares<sup>250</sup>.

Já a perspectiva da mediação comunitária ou escolar é uma iniciativa autônoma de resolução dos conflitos e está posta antes do sistema formal de justiça. Sua característica básica é a informalidade, mas isso não significa o abandono dos princípios da justiça restaurativa. Nesse caso, possui a finalidade de resposta aos conflitos menores, que muitas vezes, acabam por chegar ao sistema judiciário. Exemplo disso será retratado no panorama dos conflitos que chegam às Delegacias Especializadas da Infância e Juventude, oriundos do ambiente escolar e que, simplesmente, seguiram o impulso oficial, quando poderiam ter sido mediados.

Essa tabela não se esgota. Ela é uma tentativa de visualização de como algumas práticas restaurativas podem estar localizadas frente ao sistema formal de justiça ou como mecanismos diversionistas, em que a resolução do conflito será feita fora do sistema.

Merece ainda destaque, o quadro referencia de Mylène Jaccoud que também resume sua perspectiva sobre os momentos em que práticas restaurativas, programas restaurativos podem se integrar ao sistema de justiça ou, até mesmo, serem substitutivas deste, no processo de diversionismo processual.

---

<sup>250</sup> Iremos, no próximo capítulo, considerar o modelo de justiça restaurativa da Nova Zelândia pelo fato de o mesmo ser um dos primeiros a normatizar as práticas restaurativas no seio da justiça juvenil e, isso inclui a participação da polícia na realização das conferências familiares.

Tabela 4: Os locais de aplicação da justiça restaurativa<sup>251</sup>

LUGARES DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA					
Casual ou formal <sup>2</sup>	Sob controle judiciário		Sob controle judiciário	Judiciário	Pós-judicial
	Detenção	Registro de uma queixa policial	Registros dos chefes de acusação (antes do pronunciamento da sentença)	Pronunciamento da sentença	Depois do pronunciamento da sentença
Características	Características	Características	Características	Características	Características
Encaminhado pelos cidadãos ou por representantes de estabelecimentos não penais (escolas, org. comunitário, empresa, etc.)	Encaminhado pelos policiais	Encaminhado pelo promotor público	Encaminhado pelo juiz ou pelo promotor público	Exercido pelo juiz	Encaminhado pelos serviços correccionais e diversos interventores.
Ex.: projeto de mediação de distrito, de mediação escolar, escritório de direito.	Ex.: em Quebec, comitê de justiça previsto pelo LAJR <sup>2</sup>	Ex.: sanções extra judiciais previstas no LAJR.	Ex.: círculo da sentença	Ex.: sanções restaurativas	Ex.: encontros entre os condenados e as vítimas nas prisões ("diálogo sensorial")
Não adoção de mecanismos jurídicos			Adoção de mecanismos civis	Adoção de mecanismos jurídicos	

Tal tabela ainda é limitada, ao nosso sentir. Ela fora pensada sobre a perspectiva maximalista e minimalista. A autora não elucida quais seriam os mecanismos jurídicos adotados. Podemos pensar numa substituição de pena, suspensão condicional do processo, em nossa realidade, atrelada ao cumprimento da reparação do dano acordada com a parte envolvida. Na verdade, a não adoção de mecanismos jurídicos sinaliza que a coerção não é utilizada, já que a opção voluntária para a realização da reparação permite um maior sucesso da prática restaurativa, se comparada à imposição de sanções restaurativas.

Pelo que dissemos, a justiça restaurativa, por meio de suas práticas poderá ser integrada ao modelo formal de justiça determinando um novo sentido de resolução dos conflitos, para tanto ela necessita normatizar suas conseqüências jurídicas, no caso de substituição de pena, suspensão do processo. Isso já acontece no modelo belga de mediação penal<sup>252</sup>.

Após toda esta explanação, que aparenta realmente fugir ao nosso propósito inicial de apontar a existência de um sistema de justiça juvenil restaurativo, nossa construção teórica foi necessária para elucidar esse sentido.

<sup>251</sup> JACCOUD, Op. cit. p. 174.

<sup>252</sup> ACHUTTI, Op. cit. p.200.

Estabelecer algumas discussões sobre como a justiça restaurativa se coloca em propor modificar o sistema formal de justiça é elevar a mesma como um modelo mais eficaz para resposta aos conflitos, porque resgata atores deixados de lado no processo, com a (s) vítima (s) e os autores, que possui este último papel, somente, de cumprir a pena. A par dessas transformações na seara penal, urge colocarmos essa discussão na seara do direito juvenil, que está, ao nosso sentir, sendo atingido por uma indevida colonização pelo sistema penal.

Os marcos transformativos da justiça restaurativa serão agora analisados na perspectiva da legislação juvenil brasileira, de modo a resgatar a construção de um sistema de justiça voltado às questões que envolvem o cometimento de atos infracionais por adolescentes.

O paradigma penal, mesmo no âmbito de suas garantias, como justificativa de construção da justiça penal juvenil é insuficiente e abre caminho para transpor declaradamente uma função punitiva a um sistema de justiça que é construído, no nosso ponto de vista, com um propósito restaurativo.

A disfunção que aqui ocorre, fruto das inquietações dos autores que defendem o direito penal juvenil é confundir o plano normativo do ECA com a prática das medidas socioeducativas, como já dito, com um viés punitivo. O que devemos buscar é a efetivação das normas do sistema de justiça juvenil para evitar os abusos que acontecem, isso se dará com uma leitura não-punitiva do mesmo.

Nosso embate, agora, será a de colocar a opção restaurativa como prevacente e determinante no sistema de justiça juvenil brasileiro.

## 5. JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA

Nessa etapa final de nosso trabalho, com base no que foi trazido sobre a Justiça Restaurativa, faremos um diálogo sobre os espaços de implementação desse modelo de justiça no âmbito da justiça juvenil. A construção teórica até o momento não foi concatenada à toa.

Nosso raciocínio parte da premissa, segundo a qual, a origem da Justiça Juvenil buscou afastar o tratamento punitivo dado aos adolescentes. Falamos da etapa penal indiferenciada, etapa tutelar e a etapa garantista, estes são momentos teóricos distintos que influenciam na construção desse modelo de justiça. Ela nasce especializada e distinta do sistema penal dos adultos, ainda que, sua prática institucional se aproxime daquele.

O discurso jurídico constrói a Justiça Juvenil a partir de um resgate da infância e adolescência, vista como uma fase específica de desenvolvimento de todo ser humano e, portanto, merece um enfoque não punitivo, mas que envolva a educação, a atenção às necessidades do adolescente.

Todavia, o saber penal<sup>253</sup> acaba por influenciar a prática institucional do sistema de justiça juvenil. Mais ainda, a partir desta prática asseveramos algumas posições de autores que defendem a utilização da legislação penal como meio de garantir segurança jurídica ao atual modelo da justiça juvenil brasileira, como Sposato, Maria Carmen Rivero, João Batista Costa Saraiva. Tal movimento, que importa na estruturação de um Direito Penal Juvenil acaba por colocar este saber jurídico como um subsistema penal. Nossas críticas são no sentido do risco de colonização do Direito Juvenil Brasileiro pelo paradigma do Direito Penal. Essa suspeita só foi possível quando elencamos a Racionalidade Penal Moderna e seu impacto epistemológico e de discurso hegemônico na construção da Justiça Penal.

Ao falarmos sobre a Racionalidade Penal Moderna, estamos chamando a atenção para o impacto, punitivo, que a apropriação do Direito Penal pode causar no Direito Juvenil. Um sistema que é pensado para ser especializado, autônomo e distinto da tradicional retribuição, pode perder sua essência. E qual seria esta? Advogamos

---

<sup>253</sup> Apenas como marco, entendemos o saber penal como o conjunto de idéias, princípios, regras do Direito Penal que delineiam a estrutura do Sistema de Justiça Penal. .

pelo sentido restaurativo e, dessa forma, por meio de algumas características e vertentes do movimento da Justiça Restaurativa, iremos analisar possibilidade de implementação de práticas restaurativas na atual legislação juvenil brasileira como regra, não como exceção.

A distância entre a prática institucional e o discurso jurídico precisa ser consertada. Nosso objetivo é apontar uma racionalidade restaurativa dentro da legislação juvenil brasileira e a urgente necessidade de resgatá-la, efetivá-la.

Esse apanhado de nossa base teórica servirá para contrapor o Direito Penal Juvenil e as perspectivas do modelo restaurativo, no sentido de transparecer o Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo.

## 5.1 CONSTRUÇÃO METODOLÓGICA

Parte do nosso trabalho foi realizada por uma revisão bibliográfica e doutrinária da estruturação da Justiça Juvenil e da Justiça Restaurativa. Esse levantamento não se deu de forma exaustiva, no que toca à Justiça Restaurativa, já que este movimento possui diversas abordagens e está em construção.

Por meio de uma pesquisa descritivo-analítica, apontamos as principais características que justificam a construção doutrinária do Direito Penal Juvenil, e também, apontamos as principais abordagens da Justiça Restaurativa, bem como suas práticas mais comuns.

Nosso próximo passo será identificar elementos que apontem a viabilidade de práticas restaurativas na Justiça Juvenil. Isso dar-se-á tanto na resolução de conflitos dentro, como fora do sistema de justiça. Nosso material empírico será a Legislação Juvenil Brasileira, estritamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12.594/2012 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Dessa feita, partiremos com uma abordagem de pesquisa empírico-analítica da supramencionada legislação, com o fito de apontar elementos para utilização de práticas restaurativas. Para tanto, iremos construir um quadro que indique e resuma as possibilidades da Justiça Restaurativa frente à Justiça Juvenil brasileira.

Utilizaremos informações do Levantamento Anual do SINASE, cujo último dado é de 2013, para refletir mecanismos que possam diminuir a internação de adolescentes.

Quando apontamos a possibilidade de implementação da Justiça Restaurativa iremos observar se, de acordo com o conflito, ela se colocaria como um modelo de resposta integrado (complementar), substitutivo ou alternativo ao sistema de justiça. Poderemos observar dois níveis distintos, no que toca à Justiça Juvenil. O próprio SINASE aponta princípios que norteiam a execução de medidas socioeducativas, e de outro lado, podemos observar momentos em que as práticas restaurativas estariam antes da aplicação da medida.

A partir desta análise, teremos o intuito de observar se, desde a sua concepção, nosso atual Sistema de Justiça Juvenil seria restaurativo. Em sendo tal resposta sendo positiva, quais os desafios para alinhar a prática institucional com o discurso jurídico, de modo a construirmos um saber possível de influenciar o poder decisional?

## 5.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

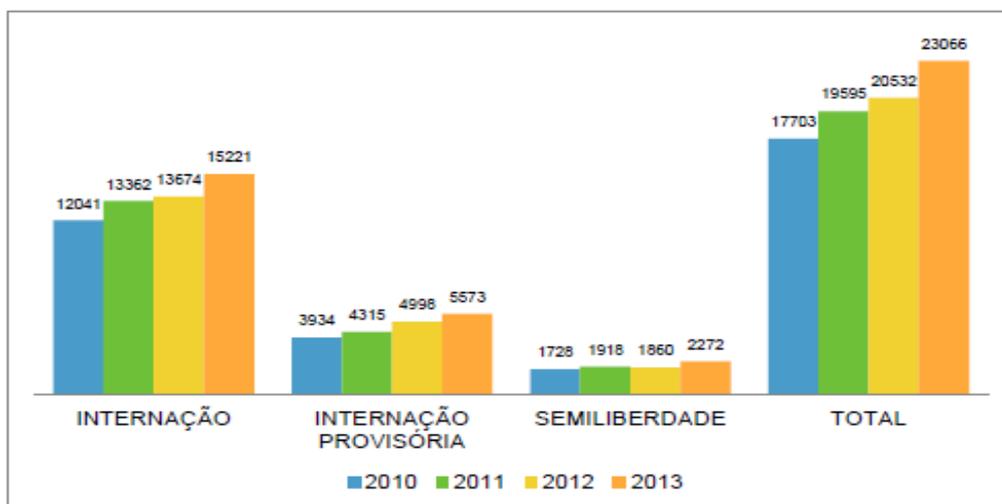
A aproximação que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe para o Brasil no que se refere a princípios restaurativos consagra-se, mesmo que tardiamente, com a Lei 12.594/2012 do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). A promulgação desta lei resultou na afirmação principiológica do ECA, qual seja, o compromisso pelo respeito ao adolescente infrator e a busca por uma justiça digna.

Isso significa dizer que, se compararmos o antigo paradigma de tratamento legislativo dispensado ao “menor”, com a transição para a doutrina da proteção integral e a cristalização de novos institutos e principiologias do direito da criança e do adolescente, concluiremos que estamos diante de uma tentativa do Estado de agir positivamente em face do adolescente infrator. Busca-se uma superação das antigas concepções autoritárias de defesa social e aplicação de medidas de cunho retributivo.

O próprio ECA estabelece que a atuação a ser feita no adolescente em conflito com a lei é realizada com um processo pedagógico que possibilite e torne excepcional o abusivo uso da internação (restrição de liberdade), em razão do fortalecimento efetivo do convívio familiar e comunitário, da educação para a vida social. A própria essência da incompletude institucional<sup>254</sup> visa integrar outros órgãos que formam o Sistema de Garantia e Direitos da Criança e do Adolescente, de modo que, a medida socioeducativa terá um cunho pedagógico de (re)educação e prevenção de novos delitos.

O prognóstico atual do SINASE, com a tentativa de uniformização estatística, revela um grande desafio da Justiça Juvenil Brasileira. Os dados mais recentes, divulgados em âmbito nacional pela Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República referem-se ao ano de 2013, mesmo que este levantamento fora publicado no ano de 2015<sup>255</sup>. Os dados sobre restrição e privação de Liberdade estão elencados no gráfico abaixo<sup>256</sup>.

**Gráfico 2 - Adolescentes e Jovens em Restrição e Privação de Liberdade  
Total Brasil (2010-2013)**



O gráfico revela um aumento considerável do uso de medidas que privam ou restringem a liberdade do adolescente em conflito com a lei. O nível de internações

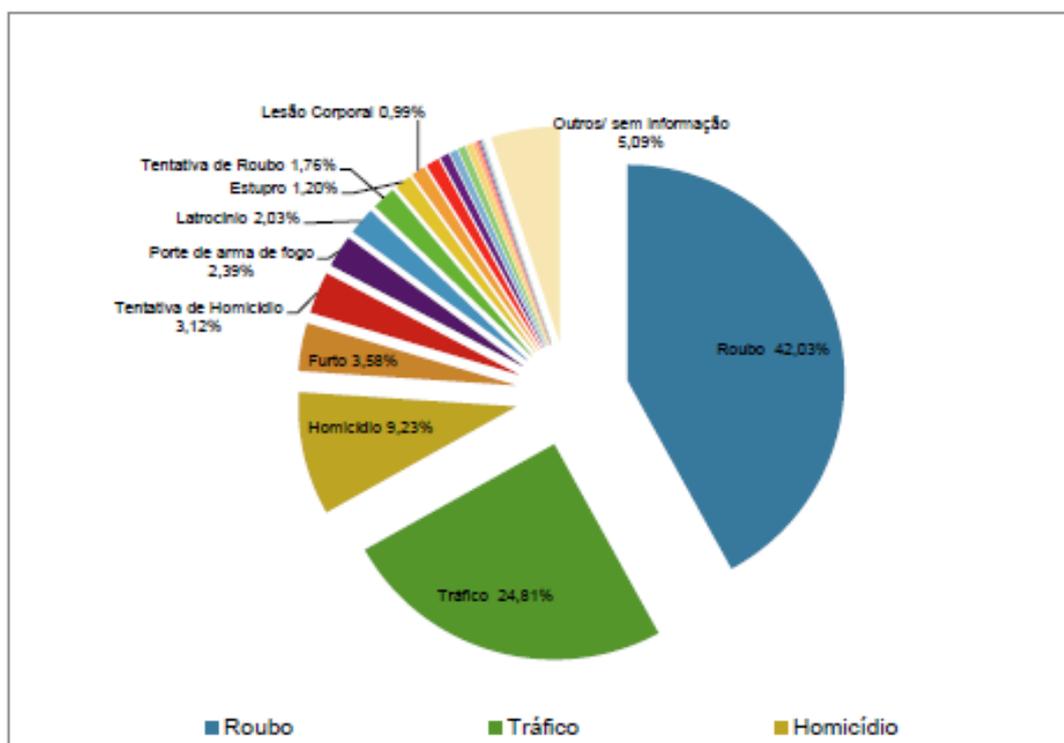
<sup>254</sup> ZAPPE, J. G. (et al): **A internação de adolescentes em conflito com a lei**: uma reflexão teórica sobre o sistema socioeducativo brasileiro. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2011.

<sup>255</sup> Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, Levantamentos. Disponível em : < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidas-socioeducativas/levantamentos-anuais>> Acesso em 02 de jun 2016.

<sup>256</sup> Levantamento Anual Sinase 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. p.17. Acesso em 02 de jun 2016

provisórias é alarmante e revela um descompasso com os ditames do ECA, no que toca à excepcionalidade desta medida socioeducativa. Para melhor compreensão, sobre o uso de práticas restaurativas, veremos os dados dos principais atos infracionais praticados, segundo o supramencionado Levantamento SINASE 2013<sup>257</sup>.

Gráfico 4: Atos Infracionais - Total Brasil (2013)



Esse dado é relevante ao mostrar que os atos infracionais praticados contra a pessoa (homicídio, latrocínio, estupro e lesão corporal) são minoria, perto de 17% do total de atos infracionais praticados no país. Como o gráfico revela, roubo e tráfico de drogas são os principais motivos para a internação de adolescentes.

Outro ponto de destaque, dessa vez, no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, o número de adolescentes que cumprem Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) e Liberdade Assistida é um elemento considerável no sistema de justiça juvenil:

<sup>257</sup> Levantamento Anual Sinase 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. p.27. Acesso em 02 de jun 2016.

Gráfico 5:

<b>Proporção de Adolescente em cumprimento de MSE em Meio Fechado e Meio Aberto</b>			
<b>ANO</b>	<b>MEIO FECHADO</b>	<b>MEIO ABERTO</b>	<b>PROPORÇÃO</b>
<b>2009*</b>	16.940	40.657	1 para 2,4
<b>2010*</b>	17.703	69.650	1 para 3,9
<b>2011</b>	19.595*	88.075**	1 para 4,5

\* FONTE: Levantamento Nacional 2011 - Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei. Brasília: SDH/PR, 2012.

\*\* Fonte: Censo SUAS/MDS, 2012.

Os últimos dados trazidos foram levantados e ficam a cargo do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), sendo que, os Centros de Referência em Assistência Social (CREAS), são responsáveis pela oferta destes programas em meio aberto.

Essa complementação intersetorial é prevista no próprio ECA e permite que outras áreas de assistência social, psicologia, saúde atuem na execução de MSE<sup>258</sup>. Ressalte-se que o número de adolescentes que cumpriam medidas em meio aberto mais que dobrou, em três anos de coleta de dados, essa é uma avaliação quantitativa dos programas. Não encontramos estudos qualitativos aprofundados sobre estas medidas. A barreira da construção estatística no Sistema de Justiça Juvenil brasileiro ainda é algo a ser superada para que possamos construir um sistema de justiça mais eficaz<sup>259</sup>.

A importância desses dados revelam quais as indicações políticas que o estado deve tomar no sentido de aperfeiçoamento do SINASE. Ressaltamos que o seu

<sup>258</sup> Brasil. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. p.39

<sup>259</sup> Tal afirmação consta no próprio relatório da SDH/PR, em que não há uma complementariedade dos sistemas do Conselho Nacional de Justiça com o CNAJL (Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei) com o Sistema de Informações para a Infância e Adolescência (SIPIA/SINASE), gerando duplicidades das informações e falta de uma coordenação nacional dos dados lançados pelos Tribunais de Justiça. Idem. p. 19.

propósito visa suprir lacunas deixadas no ECA quanto à execução de medidas socioeducativas e propicia uma unicidade das políticas de atendimento socioeducativo.

Isso se mostra importante porque, diante dos dados, o Estado poderá modificar programas de atendimentos e verificar os atuais entraves de implementação do ECA/SINASE. Trazemos esses dados que revelam uma realidade em nosso país, para, realizarmos uma análise normativa que a própria legislação revela. Como aproximar a Justiça Restaurativa nesse sistema? Ou, seria ele melhor gerido e implementado se tivermos o paradigma restaurativo como ponto de partida de resposta estatal aos adolescentes em conflito com a lei?

Apesar das aberturas legislativas do ECA que permitem a valoração de práticas restaurativas, somente explicita-se essa direção quando da aplicação das medidas socioeducativas do art. 112 do ECA, orientadas pela lei do SINASE. É clarividente a inclinação dos pressupostos básicos da justiça restaurativa, quando da execução das medidas socioeducativas, sendo estas, a aproximação entre vítima e autor da infração, escuta da vítima, possibilidade da autocomposição dos conflitos, reparação do dano.

A orientação normativa do SINASE não impede o desenvolvimento de programas de cunho restaurativo que amparem as necessidades das vítimas e dos autores de atos infracionais. É previsto a criação de um Núcleo de Atendimento Integrado com o propósito de acolhimento inicial do adolescente suspeito da prática de ato infracional. Tais núcleos, ainda incipientes podem servir como modelos de promoção de práticas restaurativas. O primeiro aspecto é que não temos uma barreira legal que impeça a atuação da Justiça Restaurativa.

Observa-se ainda, que o procedimento de responsabilização do jovem é fato presente. As finalidades da aplicação das medidas socioeducativas se colocam em um plano diferenciado do que ocorre na justiça dos adultos, exclui-se o plano da

retribuição em detrimento da reparação, senão vejamos os principais artigos que corroboram com nossas observações<sup>260</sup>:

Art. 1º, § 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível **incentivando a sua reparação**;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei. (grifos nossos)

A principiologia do SINASE se aplica a todas as medidas socioeducativas, contudo, no objeto de estudo dessa pesquisa nos atemos apenas às medidas socioeducativas que não importem em restrição de liberdade do jovem infrator.

A construção do atual sistema de medidas socioeducativas deverá ser orientada por limites claros e precisos no processo de responsabilização do adolescente infrator. Nesse aspecto, interessa-nos notar as diretrizes pedagógicas do atendimento socioeducativo:

1. A prevalência da ação socioeducativa sobre os aspectos meramente sancionatórios;
2. O projeto pedagógico como ordenador de ação e gestão do atendimento socioeducativo;
3. A participação dos adolescentes na construção, no monitoramento e na avaliação das ações socioeducativas;
4. O respeito à singularidade do adolescente, presença educativa e exemplaridade como condições necessárias na ação socioeducativa;
6. A disciplina como meio para a realização da ação socioeducativa;
7. A dinâmica institucional garantindo a horizontalidade na socialização das informações e dos saberes em equipe multiprofissional;
8. A diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual norteadora da prática pedagógica;
9. A família e a comunidade participando ativamente da experiência socioeducativa;
10. A formação continuada dos atores sociais (CONANDA, 2006).

Noutro sentido, importa salientar o que reza o art. 35 da referida lei:

<sup>260</sup> Aqui, em que pese repetirmos em citação os artigos do SINASE, achamos por bem fazê-la em razão de uma fixação dos conceitos trazidos pela lei e o momento de discussão desta com a Justiça Restaurativa.

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - **excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;**

III - **prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;** (grifo nosso).

No rol taxativo das medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do ECA, podemos nos referir à prestação de serviços comunitários que entrará em fase executória. O delineamento de programas restaurativos nessa fase do processo partirá de uma predisposição institucional. Juntamente com o Plano Individual de Acompanhamento (PIA) previsto no art. 52, ter-se-á outra abertura legislativa que facilmente alberga os usos de procedimentos restaurativos, cumprindo os objetivos e princípios das medidas socioeducativas, previstos nos arts. 1º e 35º da Lei federal 12.594/2012.

Um aspecto importante que podemos apontar, como quebra de paradigma que afaste a Justiça Juvenil com a Justiça Penal é quanto à norma incriminadora. A norma penal, como dito nos capítulos anteriores descreve uma conduta e a pena aplicável. A sanção está dada pelo texto legal, obrigatória a sua imposição. Diferentemente, o texto normativo do ECA, em que pese se utilizar da tipificação delegada (art. 103), não transporta para si a consequência jurídica aplicável. A referência que se tem é relativa à conduta penalmente relevante, a medida socioeducativa aplicável será construída dentro das opções que o legislador coloca<sup>261</sup>. Das orientações citadas por Lode Walgrave no capítulo anterior, podemos observar que a imposição das medidas socioeducativas deve se ater à gravidade e tipo do dano causado à vítima, ponderada com o esforço restaurativo do ofensor, com critérios de razoabilidade<sup>262</sup>.

Esse aspecto pode ser encarado como uma inovação da Justiça Restaurativa, na leitura dos conflitos praticados pelos adolescentes, especificamente neste estudo.

---

<sup>261</sup> Detaque-se que no ECA não há uma determinação específica de cada ato infracional e a correspondente medida socioeducativa aplicável. Essa abertura será utilizada de maneira benéfica como aqui propomos, desde que, os operadores utilizem o paradigma da restauratividade como princípio basilar antes da imposição de qualquer medida socioeducativa.

<sup>262</sup> Vide citação da página 112 em que Walgrave estabelece orientações de partida para que a Justiça Restaurativa seja implementada de forma coerente e represente uma inovação frente à punição.

Rompe-se a lógica da Racionalidade Penal Moderna que pode estar presente nas decisões judiciais de imposição da medida socioeducativa, quando temos dados alarmantes de internação de adolescentes. O que chamamos atenção aqui é que não há, frise-se, a obrigação específica, impositiva de aplicação da medida de internação para qualquer ato infracional. Se esta ação ocorre, é por uma leitura punitiva dos atores da Justiça Juvenil que fortalece os argumentos de criação de limites, penais, dentro de um modelo de justiça que está construído teoricamente para ser distinto da justiça dos adultos, por todas as características trazidas neste estudo.

O direcionamento interpretativo que o ECA coloca para a valoração do juízo na aplicação da medida de internação é algo a ser considerado. Geralmente, a aplicação da internação está atrelada à consequência jurídica correspondente do delito cometido pelo adulto, isto é o que determina a sua gravidade (parágrafo segundo do art. 112 do ECA), que na verdade, estaria previamente valorada pela norma penal. Trata-se de uma hermenêutica punitivista. Justamente por essa indefinição é que os autores do Direito Penal Juvenil defendem a aplicação de nortes penais para a interpretação das lacunas deixadas pelo ECA.

Na verdade, a leitura interpretativa para o sistema de justiça juvenil deve partir do resgate de valores restaurativos presentes no próprio ECA e no SINASE. Quando se fala em prioridade de medidas de cunho restaurativo, como atenção às vítimas, é urgente a criação de uma política nacional que fomente tais práticas no seio da justiça juvenil.

Essa forma de interpretação está colocada dentro do Sistema de Justiça, visto que, quando falamos na aplicação de medidas socioeducativas pressupõe-se a existência da ação socioeducativa deflagrada pelo Ministério Público. Os usos das práticas restaurativas estariam colocados na fase executória, mas importa ainda alocá-las na fase pré-processual e, para tanto, a disposição do Ministério Público deve ser preponderante nesse sentido, como veremos posteriormente a avaliação de projetos pilotos de justiça juvenil restaurativa aqui no Brasil.

O poder decisório do juiz na imposição da medida socioeducativa pode albergar a participação da vítima na construção deste consenso. Aqui, ela não teria um papel

de deliberação, mas sua posição influenciaria na aproximação desta, e da comunidade, para a construção coletiva e participativa da medida socioeducativa mais adequada, desde que também aceita pelo jovem infrator. Isso está dito no inciso segundo do art 35 do SINASE “excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos”.

Com base na citação da pesquisa realizada por Minahim<sup>263</sup>, o poder decisório dos Tribunais Superiores possui um descompasso com a essência do ECA/SINASE. Nosso problema está na interpretação dessa legislação, calcada num viés punitivo. O resgate dar-se-á com a implementação da Justiça Restaurativa como uma diretriz política no Direito da Criança e do Adolescente.

Há uma chamada para a responsabilidade da sociedade civil no cumprimento da medida socioeducativa e, não seria diferente, visto que a proteção integral busca a concorrência das responsabilidades na promoção da cidadania na proteção da infância e da adolescência, inclusive, aquela envolvida com a prática de atos infracionais.

Como então orientar essa prática jurídica, alinhada a uma lente restaurativa? A base teórica que descrevemos o movimento da Justiça Restaurativa na século XX nos permitirá apontar que a normatização de suas práticas no sistema de justiça juvenil, hoje, está mais inclinada a ser uma política pública do que uma obrigação jurídica do magistrado. A mesma abertura de subjetividade que os autores do Direito Penal Juvenil apontam como sendo maléfica e punitivista deve ser substituída com a interpretação adequada, qual seja, restaurativa, da legislação juvenil.

As características da vertente maximalista da Justiça Restaurativa podem nos orientar na aplicação dessas práticas, de modo ampliado. O SINASE atua na fase de execução da medida importando numa orientação que preza pela participação comunitária. Ao elegermos o aspecto de encontro entre vítima e ofensor estamos reconhecendo que ao adolescente é dado o aprendizado de responsabilização ativa de seus atos, não uma sanção aplicada de maneira simbólica.

Aqui estamos discutindo o uso de práticas restaurativas dentro do sistema de justiça, modificando o olhar da imposição e execução da medida socioeducativa, para que

---

<sup>263</sup> Vide referência da pesquisa na página 47 deste trabalho.

esta possua uma finalidade restaurativa, como o próprio SINASE acena para esta direção. Trata-se de efetivar uma disposição legal já presente.

Como então podemos construir um quadro que aclare as possíveis vias de comunicação e integração de práticas restaurativas na seara do Direito Juvenil? Faremos este esforço, ao levar em consideração os ditames previstos no ECA/SINASE. No último tópico deste capítulo estabeleceremos algumas bases e localização da Justiça Restaurativa para que possamos ter um Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo.

O primeiro aspecto reside na existência da voluntariedade na participação da prática restaurativa. Para tanto, é necessário o resgate de papel da vítima em ser ouvida, pois é a partir das suas necessidades que se constrói o acordo restaurativo. No caso da vertente maximalista, onde é possível a coerção restaurativa, dispensa-se a voluntariedade, ao nosso sentir, de aceitação do infrator, todavia, a participação da vítima em encontros com o seu ofensor é flexibilizada, pois poderia haver aqui uma nova vitimização. O fato de não existir a participação desta não retira, contudo, o caráter restaurativo, posto que, se a finalidade da reparação for alcançada, é suficiente para declarar tal processo como restaurativo.

A construção de Justiça Juvenil se pauta na especialização e cria uma autonomia em relação à Justiça Penal. Basta consagrar essa premissa com a efetivação da Justiça Restaurativa como, ponto de partida de resolução de todo e qualquer conflito envolvendo o adolescente, ou seja, podemos afirmar que seria uma visão maximalista do Sistema de Justiça Juvenil.

O Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil, possui direcionamentos avançados no plano teórico no que se refere à viabilidade da justiça restaurativa, a feliz aproximação da justiça juvenil brasileira busca um rompimento com o tratamento anteriormente dado ao jovem infrator. Esse novo paradigma posto não seria possível sem a abertura legislativa trazida tanto pelo ECA, quanto pelo SINASE.

Após essa rápida abordagem sobre o SINASE iremos, no próximo tópico, verificar alguns aspectos legais e procedimentais que incluem o uso de práticas restaurativas e seus momentos de aplicação, ao considerarmos apenas as medidas socioeducativas que não impliquem na internação do adolescente infrator.

### 5.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS: UMA CORRELAÇÃO POSSÍVEL

Conforme referimos acima, é claramente possível a implementação de práticas restaurativas na justiça juvenil, sem que careça de uma mudança legislativa.

Faremos, agora, com base no próprio ECA, uma análise das medidas socioeducativas para avaliar se será possível a aplicação de procedimentos restaurativos. Primeiro, temos as medidas socioeducativas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

A estruturação legislativa das medidas socioeducativas caminha para um critério de gradação, partindo da medida mais leve, para uma mais grave. O próprio SINASE estabelece em seu artigo 42, parágrafo segundo que: “Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”.

A advertência é a medida mais leve, aplicada pelo juiz em audiência com a presença dos pais do jovem infrator. Inserir, neste momento, alguma prática restaurativa é possível. A advertência dada não fará muito sentido se o jovem não compreender o sentido negativo que seu ato provocou; o juiz não é o ofendido direto. A vítima, aqui, deve ser convidada para que possa externar sua insatisfação.

Acompanhar-se-ia a esta medida uma composição de conflito com a vítima, numa sessão de mediação, por exemplo, de modo que, o jovem firme judicialmente uma retratação, um pedido de desculpas. Vimos, anteriormente, que a reparação possui um lado simbólico, e seria aplicável neste caso.

Antes de tudo, cumpre salientar a importância do instituto da Remissão, previsto nos artigos 125 a 127 do ECA<sup>264</sup>. O Ministério Público, aqui, possui uma função importante, pois é ele quem, com base nos fatos apurados, indicará a aplicação da remissão, ou não. A remissão poderá ser uma maneira de exclusão do processo, se oferecida pelo MP, e homologada pelo juiz. Caso haja a instauração da ação socioeducativa, o magistrado poderá, também, concedê-la com meio de suspensão, ou extinção do processo. Disso decorre a possibilidade de imposição de uma medida socioeducativa atrelada à suspensão do processo, desde que esta não importe em restrição ou privação de liberdade, segundo normativa do artigo 127 do ECA.

Nesse sentido, com poderíamos ver o uso de práticas restaurativas atreladas a esse instituto? De forma geral, albergar círculos restaurativos, mediação vítima-ofensor como mecanismos determinantes para a valoração da remissão, por parte do Ministério Público é uma opção desejável e possível, visto que, não se trata de uma deliberação unilateral de um órgão fora do conflito. Construir essa deliberação, com base nas disposições do ECA, é um mecanismo legal e válido, segundo entendemos.

Para tanto, a construção de Núcleos de Práticas Restaurativas, vinculados ou não ao Ministério Público/Poder Judiciário, servirá para promover estes encontros e

---

<sup>264</sup> Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

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

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

possibilitar a construção de um acordo participativo. Pode-se, inclusive, ampliar as competências administrativas dos Conselhos Tutelares para viabilizar o uso de práticas restaurativas.

Nesse aspecto, a justiça restaurativa seria uma opção substitutiva ao sistema tradicional. Os conflitos que são remidos poderiam, muito bem, ser resolvidos em instâncias não-judiciais, como é o caso dos Conselhos Tutelares, desde que os mesmos possuam essa competência ampliada. Para tanto, é necessário a promoção de uma Política Nacional de Práticas Restaurativas para a Infância e Juventude, normatizada, inicialmente pelo próprio Conselho Nacional do Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A segunda medida, a obrigação de reparar o dano, é aplicável quando o ato praticado implica em danos patrimoniais à vítima. Esta, logicamente, será substituível quando a reparação não for possível, nos termos do parágrafo único do artigo 116 do ECA. Outra questão levantada quando da aplicação da medida será a capacidade de o jovem infrator cumpri-la.

Reparar o dano, como já debatido, constitui-se em uma das finalidades da justiça restaurativa. O caminho trilhado para que haja a restauração perpassa na participação da comunidade, da própria vítima e os envolvidos com o conflito. No contexto da justiça juvenil isso é claramente possível, vez que o art 100 do ECA preleciona o uso de medidas que fortaleçam os laços comunitários e familiares. Enquadra-se, para tanto, no modelo teórico da justiça restaurativa.

A atenção que será dispensada à vítima se coaduna com a finalidade de resgate de sua opinião e sentimentos sobre o ocorrido e a maneira de repará-lo. Em casos que envolvam danos patrimoniais, para além das responsabilidades civis que os pais possuem frente aos atos de seus filhos, no caso desta medida socioeducativa, busca-se a finalidade restaurativa, quando o próprio jovem infrator reparar o dano. Podemos questionar a capacidade do esforço restaurativo do adolescente infrator, caso este não possua recursos suficientes. Nesse caso, o sentido da reparação, simbólica, deve ser orientado pelas suas capacidades e de sua família.

Outra medida, a prestação de serviços à comunidade está, segundo entendemos, dentro da linha restaurativa. Previsto no artigo 117 do ECA, o jovem infrator realizará

tarefas gratuitas e de interesse geral (comunitário). Desse modo, como já restou demonstrado, a participação da comunidade próxima ao jovem infrator amplia o rol de efetividade da justiça juvenil que se diferencia do puro retribucionismo. O ato infracional não afeta, apenas, à vítima direta, a comunidade se insere no contexto como vítima indireta e, por seu turno, deverá fazer parte da construção do acordo restaurativo.

Importa ressaltar a preocupação que a justiça restaurativa guarda em coletivizar a gestão do conflito, de modo a integrar diversos atores envolvidos na busca de uma solução justa e possível. Ao trazermos essa diretriz para a justiça juvenil não estamos inovando, apenas colocando à lume o que está no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda, nas orientações do próprio Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. As dimensões interpessoais do conflito são o centro, o ponto de partida para a finalidade restaurativa.

Essa medida, prestação de serviços comunitários, será bem vinda quando visa à integração do adolescente infrator à comunidade afetada, derrubando rótulos e aprofundando laços. Seu empenho será crucial para demonstrar responsabilidades sobre seus atos e reconhecimento das normas de convivência. A organização da sociedade civil será de extrema importância para promover espaços de diálogos que integrem o jovem infrator. Conforme dissemos, o Centro de Referência em Assistência Social (CREAS), hoje, possui a responsabilidade concorrente na orientação do cumprimento de tal medida socioeducativa<sup>265</sup>.

Não podemos deixar de fazer menção ao fato de que as medidas aplicáveis devem acompanhar o Plano Individual de Atendimento (PIA)<sup>266</sup>, normatizado na lei do SINASE, que é o instrumento de avaliação do cumprimento da medida

---

<sup>265</sup> Dados do citado pelo relatório da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

<sup>266</sup> Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do art. 249 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), civil e criminal.

Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.

socioeducativa. Tal documento possui um papel central ao acompanhar, no caso de programas restaurativos, o cumprimento do acordo e a devida responsabilização do adolescente.

Adentraremos, agora, no mérito da liberdade assistida. Essa medida, de grau mais enérgico, estabelece o acompanhamento em meio aberto dos jovens infratores. Possui prazo mínimo de seis meses e se caracteriza pela presença de um orientador. A execução dessa medida, além de observar o disposto no SINASE possui, também, a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas.

Nesta, o orientador deverá interagir com os familiares, com a comunidade envolvida com o conflito, para estabelecer, negociadamente, a melhor gestão do conflito. O Estatuto indica a participação em alguns programas comunitários, acompanhamento do desempenho escolar. Contudo, para além do estabelecido, é notadamente possível o uso de círculos restaurativos para a produção do relatório requisitado no art.119, IV, e avaliação do comportamento do jovem infrator.

A viabilidade do uso de práticas restaurativas, como resta demonstrada, é possível. Mas chamamos atenção para um dado nacional que é alarmante e se distancia da essência restaurativa, que colocamos, como possível na justiça juvenil: o Brasil possui uma alta taxa de internação de adolescentes infratores. Isso revela uma realidade assustadora e que destoia da finalidade restaurativa que o SINASE e o ECA sinalizam para a resolução das condutas infracionais.

O SINASE, como um sistema legal, foi construído recentemente. Antes, era uma diretriz normativa do CONANDA (Resolução 119/2006). Logo, a uniformização nacional da Política de Atendimento Socioeducativo está passando por transformações paradigmáticas, processos de fiscalização das entidades de atendimento socioeducativo, conformação de Planos Nacionais, Estaduais e Municipais de Atendimento Socioeducativo. A construção desta rede ainda esbarra em dificuldades continentais, do tamanho de nosso país<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> Podemos aqui citar as conclusões do relatório da SDH/PR, no seu Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo:

**Atendimento Socioeducativo em Meio Fechado:**

- Violações constantes aos direitos dos adolescentes.

Ainda possuímos uma barreira, embora transponível, na estrutura física e organizacional do sistema de atendimento socioeducativo. Especialmente no que tange à medida de internação. Nesse intuito, conforme quadro inicialmente apontado sobre os principais tipos de atos infracionais cometidos (roubo, furto, tráfico de drogas), uma releitura da necessidade da medida de internação, com a substituição por programas restaurativos permitiria diminuir o índice de privação de liberdade.

As discussões sobre aplicação de práticas restaurativas nas modalidades de internação e semi-liberdade podem ser pontos de tensão, pois, nos perguntamos se estaríamos impondo um ônus além da medida aplicada. Nesse sentido, o uso de práticas restaurativas, aqui, teria um caráter complementar à medida imposta. Como a restrição ou privação de liberdade do adolescente é orientada por um viés pedagógico, aqui, é sim, terreno possível para a justiça restaurativa.

Isso seria facilitado com o processo de reflexão, dado ao adolescente, sobre o ato por ele praticado. A finalidade da justiça restaurativa, nesse momento, é de possibilitar a participação comunitária no processo de socioeducação do jovem, que está prevista no artigo 35 do SINASE. A finalidade restaurativa não se prende a um aspecto objetivo de simples restituição/reparação do bem lesado, ela busca atingir a complexidade subjetiva dos interesses das partes envolvidas, (re)construindo laços interpessoais (quando possíveis) e buscando o amparo das necessidades das

- 
- Ausência de Projeto Político-Pedagógico (PPP) em grande parte das unidades e programas socioeducativos, ocasionando a descontinuidade das ações socioeducativas.
  - Falta de alinhamento conceitual e prático entre unidades socioeducativas, nos programas e entre os órgãos operadores do Sistema. Superlotação nas unidades socioeducativas.
  - Inadequação de instalações físicas: condições insalubres e ausência de espaços físicos adequados para escolarização, lazer, profissionalização, saúde e outras políticas necessárias.
  - Ausência de cofinanciamento.
  - Implantação insuficiente ou uso inadequado do Plano Individual de Atendimento – PIA, comprometendo o projeto socioeducativo.
  - Baixa efetividade na apuração e responsabilização dos agentes públicos nos casos de violação aos direitos dos adolescentes, ocorridas no interior das unidades de privação de liberdade.
  - Destinação das vagas de internação provisória para jovens internados em decorrência de sentença (desvirtuamento do programa de atendimento da unidade).
  - Permanência dos adolescentes em unidades distantes do domicílio de seus responsáveis e de sua comunidade.
  - Gestão do serviço de segurança das unidades desarticulada da gestão do sistema socioeducativo.
  - Desarticulação entre os executores das medidas socioeducativas de internação e em meio aberto.
  - Insuficiência de Programa de Acompanhamento do Egresso, especialmente em relação ao meio sociofamiliar, mediante atuação de equipe multidisciplinar, em ação específica. SDH/PR, Op. cit. p. 100.

vítimas (seja o amparo material, psicológico). Assim, como se deve interpretar as práticas restaurativa? No entendimento de Pedro Scuro Neto *apud* Pinto<sup>268</sup>:

‘fazer justiça’ do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Para compreendermos melhor essa visão teórica da justiça restaurativa na justiça juvenil brasileira, merece destaque algumas iniciativas transformativas do funcionamento do sistema de justiça juvenil que foram implantadas no Brasil há alguns anos. Isso revela o sentido de que a vontade daqueles agentes políticos encontrou guarida no movimento transformativo proposto pelas lentes restaurativas.

#### 5.4 JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21: BREVES COMENTÁRIOS

O que afirmamos aqui consiste no fato de a Justiça Restaurativa ser um modelo presente no sistema de Justiça Juvenil, de forma a agir harmonicamente com os preceitos legais na seara normativa juvenil, revalorizando o aspecto do conflito e cumprindo um papel transformador. Dessa maneira, percebemos que a realidade não deve destoar daquilo que a norma prevê, assim, abordamos a título exemplificativo o programa implementado, experimentalmente no Brasil, Justiça para o Século 21.

O “Projeto Justiça para o Século 21” criado em parceria com o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 2005 é aplicado na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Seu objetivo é o de implementar as práticas da Justiça Restaurativa na pacificação de situações de violência envolvendo crianças e adolescentes em Porto

---

<sup>268</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005 p. 21.

Alegre. Sua maneira de atuação constitui uma complementação ao sistema de justiça tradicional, inserindo procedimentos restaurativos no âmbito dos processos judiciais de execução de medidas socioeducativas e programas de atendimentos socioeducativo<sup>269</sup>.

Segundo próprio trabalho publicado sobre o projeto em comento, estabelece-se a justificativa de aplicação das medidas restaurativas nessa fase, pela seguinte maneira:

BRANCHER E AGUINSKY diz que se considera que a riqueza desta particular aplicação está exatamente em transformar em restaurativo aquilo que está sólida e inegavelmente instalado numa (des) funcionalidade retributiva, com discurso terapêutico nas práticas convencionais do Sistema de Justiça e de Atendimento Socioeducativo. A Justiça Restaurativa tem sido acolhida na experiência de Porto Alegre justamente como eixo estruturante e ordenador das concepções disfuncionais do sistema de execuções socioeducativas, buscando reduzir o dano de violência cultural, institucional e historicamente instaladas nas formas usuais de responsabilização penal dos adolescentes submetidos à jurisdição socioeducativo<sup>270</sup>.

De tal forma, percebe-se a intenção básica estabelecida: realizar o uso de práticas restaurativas na execução das medidas com uma quebra, ou melhor, como um instrumento de transformação sobre a ótica (novas lentes) de aplicação das medidas. Significa alcançar uma mudança de valores e práticas institucionais.

(...) o Projeto Justiça para o Século 21 não se constrói como experiência gerencial ou de política judiciária voltada à ampliação de capacidades operacionais e, conseqüentemente, à ampliação da disponibilidade e acessibilidade aos serviços da justiça. Ao contrário, o Projeto problematiza e desafia a comunidade dos seus operadores a uma desafiante jornada de observação, investigação e crítica a respeito da própria concepção de justiça atualmente instalada, das suas reverberações no contexto cultural, dos seus condicionamentos funcionais, das suas malhas (e artimanhas) institucionais e de suas implicações na vida dos usuários. A par disso, desafia a refletir sobre de que modo essa concepção tenderia a reinstalar-se inercialmente no bojo de qualquer esforço de ampliação do acesso à justiça que não passasse pelos filtros de sua urgente ressignificação<sup>271</sup>.

<sup>269</sup> PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009. p.127

<sup>270</sup> AGUINSKY, Beatriz Gershenson; BRANCHER, Leoberto Narciso. **Relato da implementação do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS, visando à introdução de práticas restaurativas na pacificação de situações de violências envolvendo crianças e adolescentes**. 2008. Disponível em: <[http://3A%2F%2Fwww.justica21.org.br%2Fquivos%2Fbib\\_241.doc&ei=miadUo\\_pH\\_HjsASNx4Fg&usg=AFQjCNGujAP6VbceqWhPEbFhr6-sQdAYRQ&bvm=bv.57155469,d.cWc](http://3A%2F%2Fwww.justica21.org.br%2Fquivos%2Fbib_241.doc&ei=miadUo_pH_HjsASNx4Fg&usg=AFQjCNGujAP6VbceqWhPEbFhr6-sQdAYRQ&bvm=bv.57155469,d.cWc)>. Acesso em 01 jun 2016

<sup>271</sup> Idem, p. 39.

Logo, a implantação deste projeto se baseia na tentativa de quebra de paradigmas, ressignificando o aspecto de imposição das medidas socioeducativas para imprimir uma função restaurativa, onde se construa uma experiência de justiça juvenil própria, participativa, emancipadora e que garanta os direitos humanos dos adolescentes infratores.

A prática restaurativa comumente utilizada é o círculo restaurativo<sup>272</sup>. A aplicação inicial começou a ser implementada na execução de medidas socioeducativas, ou seja, na fase judicial, para depois alcançar outros segmentos extrajudiciais.

O momento judicial envolve a atuação jurisdicional da 3ª Vara Regional da Infância e Juventude; esta ocorre por meio da Central de Práticas Restaurativas (CPR). Este espaço se consolida como *locus* essencial na aplicação da justiça restaurativa e atua de forma conjunta ao Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA) que representa a fase inicial de recepção do ato infracional pelo sistema<sup>273</sup>.

Neste espaço (CPR), há uma constante avaliação e capacitação dos coordenadores dos círculos restaurativos. Os casos que lá chegam são oriundos de encaminhamentos do Ministério Público das Varas de Infância. Há também o encaminhamento de processos que se encontram em fase de execução das medidas socioeducativas, logo após a sentença; há também alguns processos que se encontrem suspensos, ou sem a medida aplicada<sup>274</sup>.

A aplicação das práticas restaurativas, quando da fase de execução de medida socioeducativa de internação, possui o condão de comunicar valores e princípios restaurativos nas propostas pedagógicas e nos procedimentos que fazem parte do plano individual de atendimento do adolescente infrator, já discutido anteriormente como uma das aberturas legais para a implementação a justiça restaurativa na justiça juvenil.

---

<sup>272</sup> Vide página 122 que explica sucintamente tal prática restaurativa.

<sup>273</sup> RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre.** *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1, p. 9-11.

<sup>274</sup> Brancher, Aguinik, Op. cit.p. 37.

Na seara escolar, a atuação do programa se dá por meio de parcerias entre escolas públicas que participam de um processo de capacitação e formação continuada sobre a justiça restaurativa. Essa fase tem, por objetivo, difundir valores e procedimentos restaurativos de forma preventiva dos conflitos, envolvendo crianças e adolescentes que participam do programa, independentemente de terem conexão com o Sistema de justiça. Dessa maneira, podemos perceber o esforço de evitar a excessiva judicialização dos conflitos escolares. Se os conflitos são resolvidos nesse *locus*, por meio de procedimentos restaurativos, não há a necessidade de encaminhamentos dos fatos para o sistema judiciário, desde que a gravidade do ato não implique seu encaminhamento para o sistema formal de justiça.

Como já dito, o projeto se destina inicialmente aos “usuários” do Sistema de Justiça e pessoas que sofreram consequências diretas e/ou indiretas com o conflito, e afins: adolescentes infratores, familiares ou apoiadores, vítimas e seus familiares, seus apoiadores, e claro, representantes da comunidade. Estes atores participam de alguma maneira nos círculos restaurativos<sup>275</sup>.

Para a execução do projeto há a necessidade da participação de outras pessoas, sejam voluntários, representantes da rede de atendimento à infância e juventude, atores da base de apoio institucional do projeto como promotores, diretores e professores escolares, guarda municipal, etc. Essas pessoas, consideradas como público indireto, participam de capacitações para desempenharem o papel de facilitares, coordenadores, supervisores. Em verdade, a construção desta rede, busca a disseminação de valores restaurativos e multiplicadores do projeto, propiciando uma nova maneira de pensar o conflito e sua resolução<sup>276</sup>.

Os modelos utilizados pelo projeto consistem em círculos restaurativos e círculos familiares<sup>277</sup>. A inspiração metodológica parte da experiência neozelandesa com as conferências. Do mesmo modo, a utilização das práticas restaurativas se dá, com sua inserção oficial, ou seja, a utilização das práticas em fase processual, após audiência, ou no momento de execução da medida. O procedimento se resume a

---

<sup>275</sup> Palamolla, Op.cit. p. 122.

<sup>276</sup> Brancher, Aginsky Op.cit. p.40-41.

<sup>277</sup> Vide página 122, que descreve sucintamente tais práticas restaurativas.

três etapas: pré-círculo (preparação), círculo (realização do encontro) e pós-círculo (acompanhamento)<sup>278</sup>

Um dos esforços principais do procedimento é conseguir a participação da vítima. Existe, todavia, a possibilidade de recusa e, isto faz com que seja necessário o uso de outro procedimento, não menos restaurativo, tal como o círculo familiar. Quanto à aplicação do projeto voltada ao momento de execução das medidas, delinearemos suas respectivas etapas.

As etapas dos círculos restaurativos consistem em momentos cruciais para a viabilização do encontro restaurativo e o próprio sucesso do procedimento. A fase nominada de pré-círculo constitui-se como o momento de preparação em que o coordenador possui o contato com o caso, buscando a leitura de documentos, contatos informais com técnicos que já estavam envolvidos com o atendimento. Após isso, é estabelecido um resumo dos fatos, que, na abertura do círculo, será lido. Por conseguinte, será avaliada a composição do círculo, quais serão os convidados que promoverão um impacto positivo para o encontro, destaque-se que o próprio infrator poderá sugerir pessoas que considerem importantes, além de outros sujeitos como referências comunitárias. Estes participantes entram no rol de apoiadores<sup>279</sup>.

A outra fase consiste no convite. Inicialmente a provocação parte do lado do ofensor, este será o primeiro convidado e, caso aceite, a vítima será convidada. Essa ordem se torna importante para evitar que a vítima possa se frustrar, quando consinta com o procedimento e o ofensor não. Nessa etapa, o contato é feito pessoalmente, explicando-se o projeto, os elementos da justiça restaurativa, a dinâmica do círculo, quem participa, o caráter de confidencialidade, a data, o local e os horários. Após essas observações, o coordenador será responsável por avaliar a

---

<sup>278</sup> Idem. ibidem, p. 47

<sup>279</sup> Todos os dados agora expostos, no que tange ao formato do Projeto Piloto, foram retirados da pesquisa: AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

infraestrutura do local onde será realizado o círculo, certificando-se de que tudo ocorra bem<sup>280</sup>.

A segunda etapa consiste no momento do círculo. Ele poderá ser dirigido por duas pessoas, o coordenador e co-coordenador (facilitadores). Haverá o momento de acolhimento, em que as partes envolvidas serão saudadas. Feitos os cumprimentos, haverá indicação dos locais onde cada um deverá sentar-se. Por conseguinte, será dado o início ao círculo restaurativo com explicações do procedimento, estabelecimento de regras tais como: o respeito mútuo, a definição dos momentos de escuta e fala, a explicação do papel do coordenador, do termo de consentimento, do acordo e do resumo dos fatos. Aqui, a provocação inicial possui o foco na vítima, esta fala sobre sua experiência com o fato ocorrido, seus sentimentos, operando uma espécie de catarse do conflito. É dada a palavra a outros atores da comunidade de apoio a vítima.

No segundo momento o ofensor terá seu espaço de fala sobre o ocorrido, expressando seus sentimentos, poderá haver novamente uma catarse; em seguida falarão os apoiadores do ofensor. No terceiro momento, segundo metodologia do projeto, o ofensor se manifesta sobre os fatos, expondo suas motivações e as necessidades que o levaram a cometer tal conduta.

A fase final pode consistir no acordo, ou melhor, na construção do acordo. Aqui é feita uma recapitulação das principais fases do círculo. O coordenador encorajará as partes a proporem medidas que visem a reparação do dano, isso de forma negociada e que seja satisfatória para todos. Superada essa fase, o acordo é posto a termo e assinado.

O círculo restaurativo, quando logra êxito, tem seus resultados comunicados pelo coordenador à pessoa que fora responsável pelo encaminhamento do caso ao procedimento restaurativo (juiz, promotor, diretor, etc.).

Por fim, a última etapa consiste no momento pós-círculo. Essa fase abrange o acompanhamento do cumprimento do acordo realizado. Elabora-se um relatório final

---

<sup>280</sup> BRANCHER, AGUINSKY, Op. cit. p.49.

se o cumprimento fora realizado integralmente; caso contrário, o coordenador fará um relatório complementar, indicando o ocorrido. O desfecho desse inadimplemento pode se resumir na realização de um novo círculo, ou na realização de um círculo familiar ou o encaminhamento convencional.

Brancher e Aginsky sistematizaram um roteiro do procedimento utilizado no projeto, no caso, a atuação da Central de Práticas Restaurativas. É bom lembrar que, antes de iniciado o processo, o Ministério Público poderá fazer o encaminhamento direto à Central de Práticas Restaurativas. Após seu início, o encaminhamento ocorrerá em qualquer fase do processo de conhecimento. Vejamos então o conjunto do roteiro<sup>281</sup>:

- O caso é indicado pela autoridade responsável.
- A documentação disponível é organizada pelo respectivo cartório, que inicia o preenchimento da planilha de acompanhamento na intranet, e remete o processo ou dossiê à Central de Práticas Restaurativas (CPR).
- O Coordenador da CPR distribui o caso e entrega a documentação ao Coordenador do Círculo.
- O Coordenador do círculo examina a documentação e avalia a pertinência do caso e da sua atuação no caso.
- O Coordenador do círculo, em consenso com a Coordenação da CPR, escolhe o co-coordenador, convidando-o a seguir.
- O Coordenador do círculo contata com o ofensor e com a vítima.
- Coordenador e co-coordenador encontram-se com a vítima e o ofensor (reunião pré-círculo).
- Em caso de não-participação da vítima, Coordenador e co-coordenador avaliam se é o caso de realizar-se o procedimento sem participação da vítima (Círculo Familiar). Caso contrário, o processo será devolvido.
- Coordenador e co-coordenador organizam a reunião (Círculo): agendamento da sala, termos de consentimento, equipamento de gravação).
- O Coordenador do círculo atualiza a planilha de movimentação na intranet e informa ao Coordenador da CPR quanto ao andamento (aceitação ou não pela vítima, conversão do procedimento de círculo para encontro data, horário e local da reunião).
- Realizada a reunião, o Coordenador redige o Relatório Parcial (relatório do pré-círculo e círculo) na intranet, atualiza a planilha e entrega uma via impressa do relatório parcial, com o dossiê ou processo, à Coordenação da CPR.
- O coordenador da CPR encaminha o processo ou dossiê ao cartório de origem, que atualiza a planilha de acompanhamento na intranet e impulsiona os andamentos seguintes nos autos do processo.
- Caso do processo judicial resulte aplicação de medida socioeducativa, o cumprimento do acordo é acompanhado mediante contatos com o técnico da medida.
- Caso o processo tenha sido arquivado sem medida, o acompanhamento é feito mediante contatos diretos do Coordenador com as partes.

---

<sup>281</sup> Brancher e Aginsky, Op. cit. p. 53

- O Coordenador preenche o relatório de pós-círculo na intranet e entrega uma via impressa, junto com os originais do relatório manuscrito, ao Coordenador da CPR.
- A via impressa do Relatório Complementar (relatório do pós-círculo) segue o mesmo fluxo processual do Relatório Parcial.
- O Coordenador da CPR arquiva o relatório manuscrito.

Notamos que, Pallamolla, sobre o projeto de Porto Alegre, critica o viés de aplicação dos procedimentos restaurativos no momento de execução das medidas, perdendo sua essência. Sinaliza, com base em Sica que “existem riscos ao sobrepor-se a justiça restaurativa à justiça tradicional”<sup>282</sup>

(...) manter a aplicação da justiça restaurativa fortemente atrelada ao sistema de justiça tradicional e utilizá-la para dar novo significado ou qualificar a medida socioeducativa inviabiliza o importante contraponto que ela pode fazer ao modelo tradicional, ou seja, funcionaliza-se a justiça restaurativa, transformando-a em apenas mais um instrumento a serviço do sistema criminal<sup>283</sup>

Por tudo dito, faremos uma síntese sobre os momentos de viabilidade de justiça restaurativa na justiça juvenil brasileira, a partir desta experiência; sistematizaremos algumas hipóteses que discutimos nesse capítulo como realizar uma análise da Justiça Restaurativa e seu aspecto de inovação e/ou complementação do sistema de justiça juvenil.

Não aprofundaremos as políticas adotadas por este projeto, vez que nosso intento fora alcançado nos tópicos anteriores, no sentido de compreender que o funcionamento da Justiça Juvenil permite, do ponto de vista legal, albergar o uso de práticas restaurativas. E esta conclusão pode ser evidenciada no projeto utilizado no Brasil, ora analisado. Resta ao Estado se utilizar dessas experiências, de modo mais amplo, como uma política nacional, no âmbito da resolução de conflitos envolvendo adolescentes.

Essa transformação é possível porque a Justiça Restaurativa, em si, possibilita a afirmação do sistema de justiça juvenil como um modelo diferente de resposta aos atos infracionais. No sentido de que, não estamos aqui a tratar o adolescente em conflito com a lei como um inimigo público, equiparado, ao estigma decorrente do sistema penal dos adultos. O que buscamos afirmar é que o sentido de incorporação

---

<sup>282</sup> Sica *apud* Pallamolla, Op.cit. op.129

<sup>283</sup> Pallamolla, Op. cit. p.130

das práticas restaurativas pela Justiça Juvenil possibilita seu aperfeiçoamento e sua afirmação como um modelo de justiça mais humano.

O curioso reside no nome do projeto (Projeto Justiça para o Século 21) que carrega em si a noção de transformação na maneira de pensar e fazer justiça, sempre com o intuito de melhorá-la. Coaduna-se, portanto, com a visão diferenciada da Justiça Restaurativa que resgata a participação da vítima no processo, a busca pela satisfação dos envolvidos, a resolução do conflito de forma a atender os anseios psicológicos e simbólicos das partes, visando a alteridade, respeito, emancipação. Responder a uma situação de conflito de forma diferenciada, afastando a resposta essencialmente punitiva é o cerne que amplia as discussões para o estabelecimento do movimento restaurativo.

#### 5.5 SISTEMA DE JUSTIÇA (PENAL?) JUVENIL RESTAURATIVO

Diante das tendências de modificação do sistema de justiça juvenil, podemos observar a tentativa de construção doutrinária de uma dogmática penal juvenil com base nos preceitos, regras e garantias do Direito Penal. De outro lado, percebemos a busca de uma racionalidade diferenciada sobre os conflitos que possuam relevância penal. Dessa maneira, como integrar tais perspectivas distintas de transformação?

O título desse tópico, bem como deste trabalho, nos instiga a pensar se o modelo penal deve intervir, de fato, no modelo juvenil ou, devemos cambiar para o lado restaurativo. Primeiramente, podemos concluir, em face dos projetos pilotos no Brasil, que há uma afinidade da Justiça Restaurativa na aplicação das medidas socioeducativas, isso pode também incluir a medida de internação (mais gravosa).

Por outro lado, as discussões apresentadas por doutrinadores que defendem a aplicação de um direito penal juvenil sob o manto das proteções do devido processo legal (o pensamento do garantismo penal como norte para a aplicação de regras penais no sistema juvenil) acabam por aclarar falhas no nosso sistema. A aplicação das medidas socioeducativas com critérios subjetivistas, muito amplificados, a

duração do período de internação indeterminado, acabam por revelar uma interferência arbitrária do pensamento punitivo.

Ousamos não discordar das premissas<sup>284</sup> que estruturam a dogmática penal juvenil, mas rechaçamos, todavia, as suas conclusões. A aproximação do sistema penal dos adultos ao sistema juvenil levará a uma apropriação deste por aquele. Álvaro Pires<sup>285</sup> já alertara para a esta influência negativa que transporta uma lógica de racionalidade penal a um micro sistema de justiça que é construído de outra maneira. Aqui estamos diante de uma análise do ponto de vista teórico que não justifica concordar com a prática do sistema de justiça juvenil que se aproxima como o modelo penal (lógica encarceradora). O primeiro ponto de consolidação do sistema de justiça está na sua cristalização teórica e assim poderemos ter uma correspondência prática.

Dos elementos básicos enunciados para que se tenha uma Teoria de Responsabilização Penal juvenil, podemos dizer que são eles: o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa, conseqüências da culpabilidade e imputação para a menoridade penal. Propõe-se a erigir conceitos dogmáticos transpostos do Direito Penal, adaptando-os à sistemática juvenil. Porém, pensamos que a base para a construção desses conceitos deve partir do texto legal

---

<sup>284</sup> Merece lembrarmos, no pensamento de Karyna Sposato, as seguintes observações:

(...) funda-se na compreensão de que a responsabilidade penal do adolescente corporifica o Direito Penal Juvenil, como campo próprio do Direito e subsistema do Direito Penal.

Fato é que tal questão referente à aplicação e execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes autores de ato infracional, não encontra a atenção devida no campo do Direito e, menos ainda do Direito Penal. Por força de uma tradição tutelar, se desenhou ao longo da história do Direito da Criança e do Adolescente, uma suposta autonomia da matéria de responsabilização dos menores de idade afastando de sua interpretação os princípios processuais-penais de garantia e de igual maneira dificultando qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das conseqüências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes.

Como se a matéria infracional existisse em total divórcio do saber penal, ao longo da história do Direito Penal juvenil procurou-se ocultar a influência das diferentes correntes da ciência penal. Contudo, muito embora no estudo da temática careçam elementos de conexão, não se pode negar que à medida que determinadas visões se consolidavam no Direito penal de adultos, naturalmente viriam a influenciar as teses e as doutrinas justificantes da aplicação de sanções a adolescentes autores de infração penal, por mais que se desejasse negar tal realidade dos procedimentos e da construção teórica específica.

Como é possível constatar ao longo da história, envolvidas em um discurso de assistência e educação, as sanções aplicadas aos adolescentes, denominadas medidas socioeducativas, operaram e ainda operam um exercício do poder punitivo sobre os adolescentes e jovens, muitas vezes mais agudo e desmedido que qualquer outro.

Sposato, Karyna. Teoria da Responsabilização Penal Juvenil. Op. cit. p 6-8

<sup>285</sup> PIRES, Álvaro. **Responsabilizar ou punir?** A justiça juvenil em perigo. In Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 621-641

(ECA/SINASE), de modo a criar mecanismos de inteligibilidade fora do âmbito estritamente penal. A racionalidade penal não deve intervir no sistema de justiça juvenil a ponto de qualificá-la como totalmente penal.

O que busca o Direito Penal Juvenil é um “conforto teórico” que, conseqüentemente, poderá justificar a lógica de encarceramento (via internação). Algo do tipo: temos regras para internação, esse é um mecanismo seguro (culpabilidade *sui generis*, dosimetria a internação). Formalmente temos um critério de decidibilidade jurídica, mas, o ponto de partida aplicação da medida socioeducativa será qual? A gravidade do delito corresponde a uma pena de prisão, no sistema dos adultos, logo x anos, internação correspondente de x anos?! Essa conclusão, possível, não pode prosperar. O ECA já estabelece limites à internação, e elementos de liberação compulsória, isso porque, no Brasil, não há comunicação entre execução da medida socioeducativa e execução penal. Exemplo do Código de Menores de 1979<sup>286</sup>, onde o juízo criminal, quando o jovem completasse maioridade penal, seria responsável por declarar a cessação da medida.

Como vimos, até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado Brasileiro propiciou uma intervenção tutelar em relação à infância e juventude. Após o ECA, a construção jurídica deste texto engloba uma concepção de direitos humanos, reconhecimento de responsabilidades concorrentes do Estado, família e sociedade, na defesa da infância e juventude. Ele elege uma normatividade própria na responsabilização do adolescente que difere do sistema penal dos adultos<sup>287</sup>. O descompasso das práticas institucionais não deve ser corrigido com uma teoria transposta do pensamento penal, mas deve ser ressignificada tendo como ponto de partida o próprio ECA, e mais recentemente, o SINASE, que, com declaramos neste trabalho, possui uma base fértil para a Justiça Restaurativa. De modo que, podemos observar elementos que delineiem um Sistema de Justiça Juvenil, Restaurativo.

---

<sup>286</sup> Art. 40 § 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.

<sup>287</sup> Aqui estamos nos referindo a um aspecto teórico, mesmo que no plano prático, a estrutura física das Unidades de Atendimento possuam um caráter punitivista. Frise-se, a diretriz normativa do ECA não é esta. Podemos visualizar a tentativa do SINASE em unir o atendimentos socioeducativo, no país, com base em critérios mais objetivos e alinhados à principiologia do ECA (socioeducação, participação).

Dos problemas já discutidos, na racionalidade penal moderna a estrutura da norma penal é derivada da consequência lógica de aplicação da pena de prisão. Temos a norma de conduta indissociável á norma secundária (pena de prisão). Já no sistema juvenil brasileiro, não possuímos esta correspondência.



Gráfico 6: Norma do Direito Penal



Gráfico 7: Norma no Direito Juvenil

Temos um rol de medidas socioeducativas aplicáveis a determinados casos, e o parâmetro para considerar a conduta do adolescente como ato infracional está na sua correspondência com o tipo legal descrito no código penal (tipificação delegada). Esta forma de encarar a norma e o ato infracional permite transpor a necessidade exclusiva de aplicação da restrição de liberdade de forma descontrolada, diferentemente da obrigação de punir (infligir dor) na concepção da norma penal, conforme a visão da Racionalidade Penal Moderna. A diretriz teórica está estabelecida em lei, caso não haja uma correspondência prática, estamos diante de um problema atinente aos atores do sistema de justiça juvenil (Ministério Público e Juízes).

Já em relação às funções da medida socioeducativa e os critérios de imputação e culpabilidade *sui generis*, podemos rebatê-las da seguinte maneira. A culpabilidade no sistema dos adultos é utilizada como critério de fundamentação limite do poder punitivo, ela é, também, critério, segundo alguns defendem, no aspecto da dosimetria da pena.

No sistema juvenil, temos que o processo de atribuição de responsabilidade leva em conta sua capacidade pessoal de cumprimento da medida, adaptável a questões de ordem prática, não temos uma dosimetria, tal qual no sistema penal dos adultos, porque a lógica de racionalidade, imposta pela normativa do sistema juvenil, é justamente se dissociar de preceitos estritamente punitivos. Isso não significa justificar abusos e violações de direitos dos adolescentes infratores, mas os critérios principiológicos de aplicação e cumprimento das medidas estão assentados sob o princípio da proteção integral<sup>288</sup>.

Logo, podemos ter um sistema de justiça juvenil com garantias do devido processo legal que já estão estabelecidos no SINASE, ECA. Para que um sistema seja considerado garantista ele não necessita, obrigatoriamente, da etiqueta penal (garantismo penal). O próprio Ferrajoli estrutura uma teoria geral do garantismo. Garantista não é apenas o processo penal, e a transposição de suas estruturas para o direito juvenil para que garantista o seja<sup>289</sup>. Hoje, em si, o sistema juvenil é garantista e, declaradamente, afasta-se da lógica penal dos adultos em sua perspectiva teórica.

Prova o que afirmamos no parágrafo anterior é a implementação de modelos restaurativos na resposta infracional que cria uma base mais firme ao sistema de justiça juvenil, dando contornos modernos e distanciados da resposta eminentemente punitiva do sistema tradicional de justiça. O que nos cabe é ratificar o uso de práticas restaurativas, dentro do sistema juvenil, englobando as garantias e proteção de direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, a defesa da construção dogmática do direito juvenil é necessária, na medida em que partimos da lógica de responsabilização distinta do modelo penal. Ela é necessária, mas suas

---

<sup>288</sup> Art. 112 § 1º ECA: A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

<sup>289</sup> Ferrajoli. Direito e Razão. Op. cit. p.685.

bases devem ser erigidas sob o direito da infância e juventude, e não sob o direito penal dos adultos.

Dessa feita, com base na experiência piloto do “Projeto Justiça para o Século 21”, esboçamos um organograma para visualizar alguns momentos em que práticas restaurativas podem ser albergadas dentro do Sistema de Justiça Juvenil Brasileiro, importa salientar aqui o significado das cores do fluxograma que ora apresentamos abaixo. A cor verde refere-se à instância onde o conflito (ato infracional) é comunicado; a cor laranja, o órgão responsável por propor, mediante cada caso, um direcionamento das consequências daquele ato praticado; em branco, estamos diante das consequências jurídicas daquele ato, dentro do ECA; azul claro, refere-se à validação jurídica do acordo feito mediante uma prática restaurativa; em amarelo, o local de implementação da prática restaurativa, e por fim, em cinza, a

consequência jurídica do procedimento restaurativo.

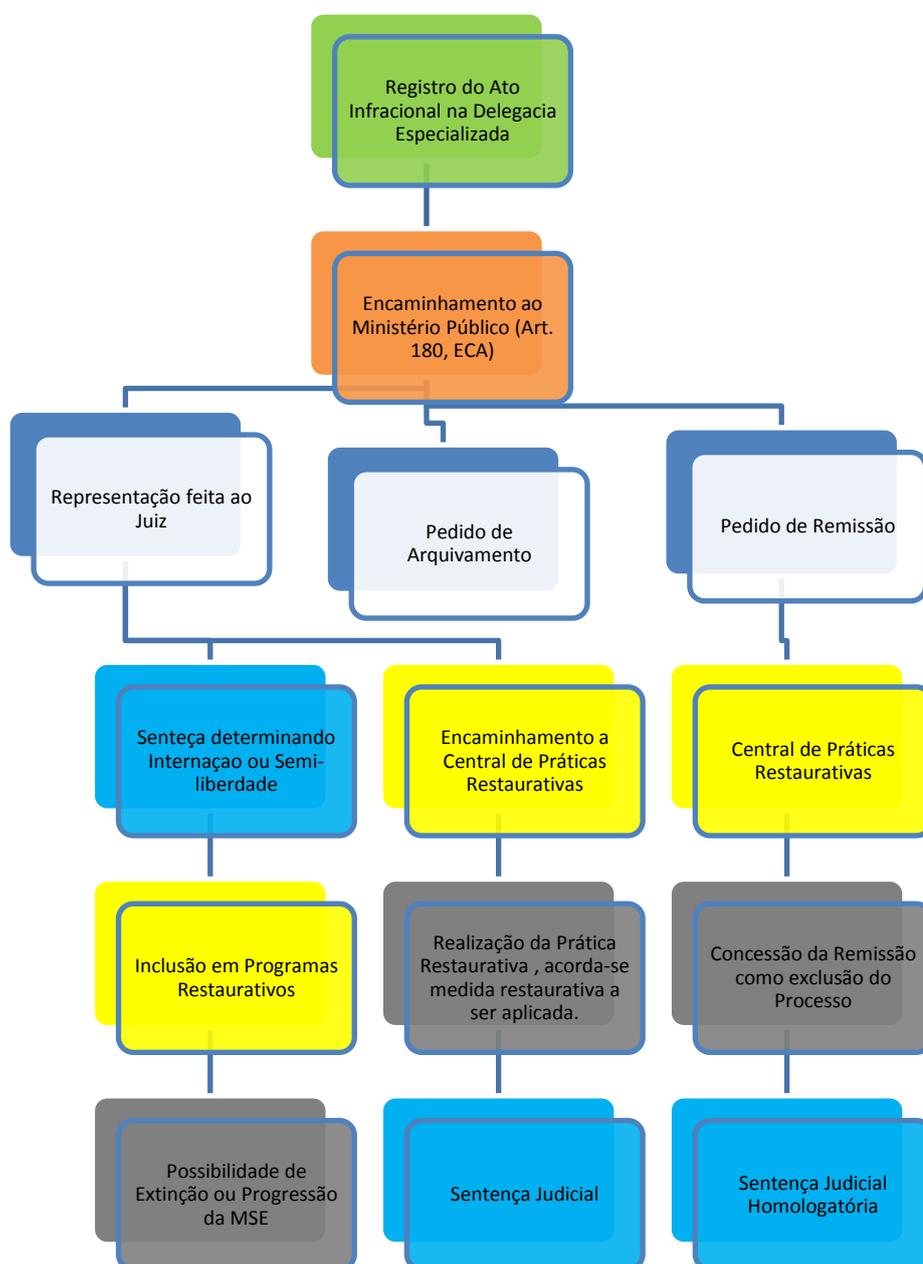


Gráfico 8: Práticas Restaurativas 1 - Organograma de implementação da JR dentro do Sistema de Justiça.

A prática processual vigente visa resguardar os direitos fundamentais do adolescente infrator, para qual o Ministério Público possui um protagonismo processual importante.

A primeira característica que podemos elencar reside na indisponibilidade da ação socioeducativa. Comparativamente ao Código Penal Brasileiro, a ação tem a característica de ser pública incondicionada, mas com uma enorme diferença em razão do princípio da oportunidade. Nesse diapasão Garrido de Paula nos orienta:

Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional<sup>290</sup>

Pelo pressuposto da indisponibilidade da ação socioeducativa, inclui-se também o princípio da oportunidade. Por sua vez, o *Parquet* avalia as condições em que o ato infracional fora praticado e diligencia nos moldes do artigo 180 do ECA. A oportunidade reside em verificar se o procedimento adotado é justo, válido e necessário.

O direcionamento para concessão da remissão observa alguns requisitos e princípios do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta lei estabelece o princípio da excepcionalidade da medida de internação<sup>291</sup>. Para a concessão de remissão, os critérios de gravidade e consequências do fato são levados em consideração.

O primeiro aspecto que podemos notar é a inclusão, condicionamento de práticas restaurativas como mecanismos de decidibilidade. A imposição da medida socioeducativa seria condicionada aos encontros restaurativos. Isso seria possível com a criação da Central de Práticas Restaurativas (CPR), órgão que poderá ser vinculado ao Ministério Público e Poder Judiciário.

Por meio da CPR, o papel da Justiça Restaurativa seria o de direcionar uma resposta ao ato infracional, que pode estar dentro do quadro normativo (ECA, art.

---

<sup>290</sup> PAULA, Garrido. Op. cit p. 539.

<sup>291</sup> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (grifo nosso)

112, 100 e 101), medida de Reparação do Dano, medida de Prestação de Serviço Comunitário, acordados com a participação do ofensor, vítima, comunidade<sup>292</sup>.

Estamos aqui falando na Remissão, como forma de exclusão do processo (ação socioeducativa, que será homologada pelo Juiz).

Outra possibilidade, dentro do art. 180 do ECA, nos casos de oferecimento de Representação, é o Juiz poder conceder a Remissão, judicial, como forma de suspensão do processo. Arelada a esta suspensão, podemos verificar a possibilidade de realização de Programas Restaurativos.

Ainda, noutra possibilidade, quando da execução de medidas restritivas ou privativas de liberdade. Programas Restaurativos estariam englobados na fase de execução, fazendo parte do Plano Individual de Atendimento. As práticas aqui facilitariam a integração da comunidade.

Nesses modelos, como ficaria, então, o papel da vítima? Ela é chamada a participar do procedimento restaurativo, mas não é obrigada para tanto. Caso o processo colaborativo de decisão da reparação do dano seja realizado, estamos diante de uma prática com grau maior de restauratividade. De outro modo, a vítima se opõe a participar, mas o autor (jovem) se voluntaria, a orientação da prática restaurativa estaria voltada para a comunidade, e por ela sugerida. Por fim, caso o autor se negue a participar, aqui entraria o conceito de coerção restaurativa, discutida no capítulo anterior.

Essa visão não impede que conflitos possam ser cuidados em outras instâncias organizacionais. Podemos, no caso brasileiro, ampliar as competências dos Conselhos Tutelares, aperfeiçoando a rede já existente. Nesse sentido, poderemos sistematizar, com base no quadro abaixo, uma das possibilidades de inserção de práticas restaurativas fora do Sistema de Justiça.

---

<sup>292</sup> Utilizaremos aqui o sentido de *community care* (comunidade de apoio), para designar a participação comunitária de familiares ou pessoas próximas à vítima e ao ofensor. Essa designação está presente no Modelo Neozelandês de Justiça Restaurativa, descrito por Maxwell. MORRIS, Alison; MAXWELL, Gabrielle. *Restorative Justice in New Zeland*. In: VON HIRSCH, Adrew (et. al.) **Restourative Justice and Criminal Justice**. Competing or Reconciliable Paradigms? Portland: Hard Publishing, 2003, p. 258.

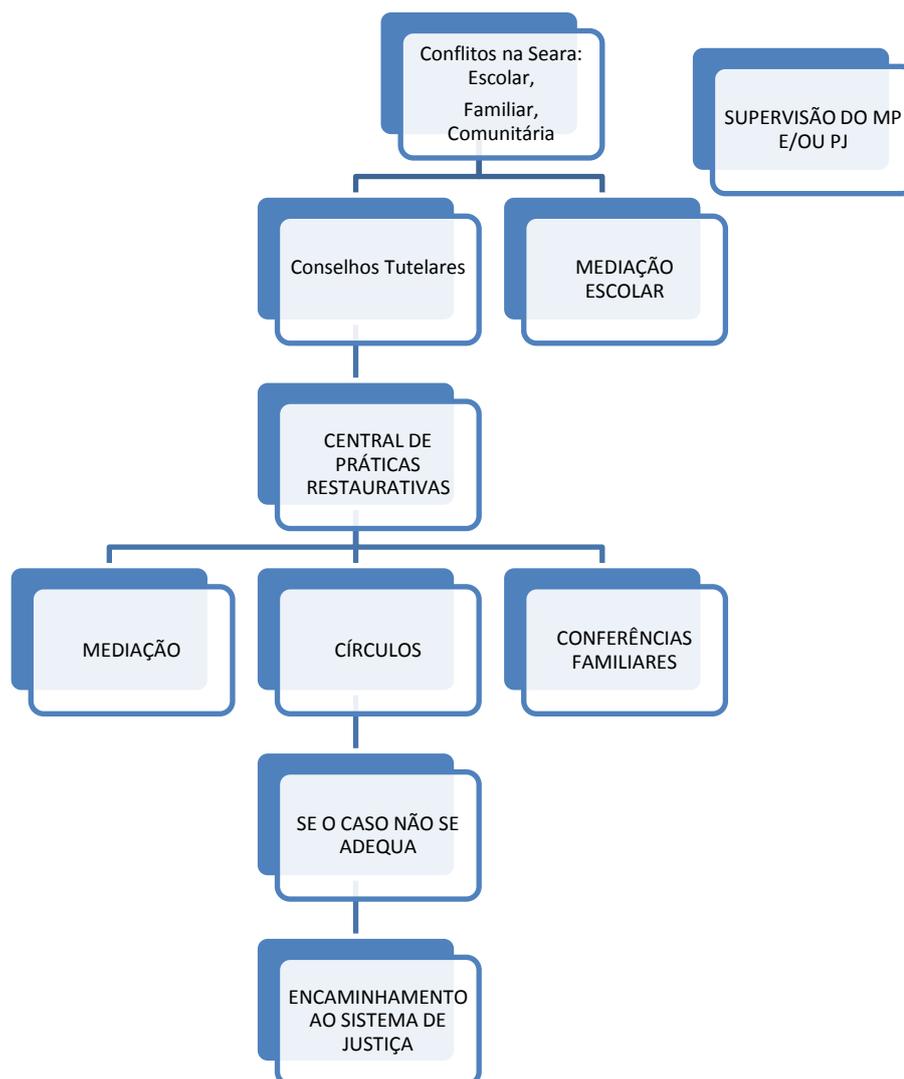


Gráfico 9: Práticas Restaurativas 2 - Organograma de implementação da JR fora do Sistema de Justiça.

Tomaremos o exemplo da Nova Zelândia, país pioneiro em normatização da justiça restaurativa no sistema juvenil. Desde o “The Children, Young Persons and Their Families Act 1989”, o sistema de justiça juvenil neozelandês introduz o uso de práticas restaurativas, especificamente, as conferências familiares. Por tal feito, a Nova Zelândia é tida com caso de estudo, bem sucedido, da influencia positiva da justiça restaurativa<sup>293</sup>.

A estruturação desse modelo, neozelandês, consiste em estabelecer Programas Restaurativos, com estrutura jurisdicional competente para aplicar práticas restaurativas, de modo alternativo às cortes juvenis (com exceção dos crimes de maior violência, como homicídio). O jovem infrator pode optar pela jurisdição do Programa ou da Corte Juvenil. Ainda, tais Programas podem funcionar como

<sup>293</sup> MORRIS, Alison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative Justice in New Zeland. Op. cit. p.259.

mecanismos de recomendação aos juízes, antes da sentença (para jovens que escolheram pela jurisdição da Corte Juvenil). Ou seja, teremos programas com função mista: ele poderá ser autônomo, ou auxiliar a Corte Juvenil<sup>294</sup>.

Esse esboço de demonstrar espaços no Sistema Juvenil Brasileiro, para o uso de práticas restaurativas, revela que precisamos muito mais de uma disposição política, do que uma normatização. Basta-nos aplicar as disposições do ECA e do SINASE. Para que transformemos o poder decisional é preciso a promoção da lógica restaurativa nos tribunais, agentes do Ministério Público e do sistema de atendimento socioeducativo.

A identificação destas necessidades, de alguma maneira, já foi estipulada nos relatórios da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Como sugestão, aqui, o CONANDA deve editar uma Resolução específica para o estímulo de práticas restaurativas na rede integrada do sistema de justiça juvenil. Aproveitaríamos o sistema de assistência social, CREAS, Conselhos Tutelares para, de com uma orientação mais ampla, promovermos o uso de práticas restaurativas.

Dessa forma, o Sistema de Justiça Juvenil Restaurativo Brasileiro terá uma existência real, não apenas teórica. Demonstramos os espaços e as possibilidades das práticas restaurativas, basta, no desafio hercúleo, orientar sua implementação no âmbito nacional, agregando as diversas experiências que surgem, espontaneamente, em vários estados brasileiros.

Como esse intento, os atos infracionais serão enxergados como conflitos, que merecem, a partir de experiências interpessoais, e atenção às vítimas envolvidas (quando existentes), e uma resposta não afluiva. O que pesa na consolidação da lógica restaurativa, ao construir, caso a caso, com base nas necessidades da vítima, é a visão estereotipada do crime como um mal, e, para tanto, a resposta a ele deverá ser, também, um mal.

O rompimento dessa barreira e deste pensamento, já estruturado pela lógica da Racionalidade Penal Moderna, é possível. Trata-se de uma tarefa transformativa da Justiça Restaurativa, sua influência positiva no Sistema Juvenil servirá para a

---

<sup>294</sup> MORRIS, Alison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative Justice in New Zeland. Op. cit. p.260.

consolidação do Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil, com um saber que se afasta da possibilidade de colonização pelo Direito Penal, não sendo um Direito Penal “júnior”, mas um Direito Juvenil Restaurativo, com mecanismos de respostas embasados pelo modelo restaurativo, conforme aqui defendido.

Por este pensamento, estamos reafirmando o papel transformativo do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. A consolidação da Justiça Restaurativa, como um modelo existente no Sistema Juvenil Brasileiro, torna-se necessário, para este resgate transformativo, na construção de uma justiça mais humana.

## CONCLUSÃO

Diante dos argumentos trazidos em nosso trabalho, não ousamos encerrar o debate. Nosso intuito foi propiciá-lo, no sentido de termos uma melhor compreensão do Sistema de Justiça Juvenil Brasileiro.

A legislação que versa sobre a infância e juventude passou (e passa) por um processo de construção. Inicialmente falamos sobre a especialização da justiça juvenil como um elemento de humanização ao “tratamento” da delinquência juvenil, antes encarada e enfrentada com as mesmas penas aplicáveis aos adultos.

O resgate da infância e juventude, como uma fase de desenvolvimento da personalidade do ser humano, é tida como um elemento importante para a construção de uma medida, específica a estes indivíduos, quando do cometimento de casos infracionais. A separação do tratamento legal, entre adultos e “menores”, a partir do Código de Menores de 1927, inaugura o modelo tutelar, assim como a justiça juvenil, especializada e autônoma.

Observamos, ao longo do século XX, no Brasil, em especial, a tentativa estatal de “resgate” dos jovens delinquentes. A lei, e o plano teórico, construíram um discurso jurídico salvacionista do menor em situação de risco. Todavia, a indefinição de parâmetros legais, ou, a excessiva criminalização da pobreza, gerou consequências nefastas para as práticas institucionais: o crescente encarceramento de jovens, como medida de higienização social. Não se “pune”, apenas, pelo cometimento de atos penalmente relevantes.

Essa prática presente nos juizados de menores acompanha-nos desde o Código de 1927, aperfeiçoada em 1979, pela lógica da política de segurança nacional da ditadura militar. Apenas com a nova ordem democrática constitucional de 1988 passamos a ter uma modificação divisora de águas.

A Constituição Federal, na esteira e influência da construção de acordos internacionais, eleva a responsabilidade sobre a infância e juventude como um dever concorrente entre Estado, Sociedade e Família. Não discrimina jovens infratores, dos não infratores, e garante igualdade de direitos e reconhecimento de garantias a todos.

A partir desse momento, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil experimenta uma atitude inovadora para a proteção dos direitos desses indivíduos. No âmbito infracional, o ECA, com sua disposição distinta das leis anteriores sobre o tema, cristaliza dispositivos constitucionais ao instituir a “Doutrina da Proteção Integral”. Seus reflexos merecem destaque por encarar o fenômeno da delinquência juvenil, de maneira distinta.

A intervenção estatal, nesse aspecto, deverá ser comedida. As medidas socioeducativas, especialmente a internação, será utilizada excepcionalmente. O descompasso da prática institucional, e a excessiva subjetividade da prática judicial permitiram o surgimento de uma corrente doutrinária que identifica elementos para a construção do Direito Penal Juvenil brasileiro.

Sob o manto da transposição das garantias de legislações secundárias ao ECA, o Direito Penal Juvenil adota a possibilidade de responsabilização penal do adolescente, por meio de uma culpabilidade *sui generis*, tese não aceita majoritariamente, mas que vem ganhando adeptos. Por meio do olhar penal sobre a legislação juvenil, as medidas socioeducativas cumprem funções penais e, portanto, devem se curvar aos limites penais, impostos no direito penal dos adultos. Em verdade, tal movimento, acaba por transpor a lógica da racionalidade punitiva para o âmbito do direito da criança e do adolescente.

Esse movimento acompanha, no processo histórico, as influências que o sistema de justiça penal dos adultos possui sobre o sistema de justiça juvenil. A propaganda da segurança jurídica, quando da aplicação das medidas de internação, pensada sob a lógica do direito penal, poderá, apenas, relegitimar a medida de internação, dando aos julgadores um conforto teórico para isso, o quê, a nosso sentir acaba por desvirtuar a proposta do ECA.

Nesse momento, o movimento da Justiça Restaurativa surge como um ponto de tensão, na leitura do sistema punitivo dos adultos. Seu marco teórico nos orienta a rechaçar as argumentações do Direito Penal Juvenil, encarando a resposta estatal sobre outro olhar.

A partir da reflexão das propostas da Justiça Restaurativa, onde a vítima e a participação dos envolvidos no conflito, no intuito da reparação do dano, é objetivo

que se impõe. Práticas colaborativas aplicadas para resolução de conflitos, seja interna ou externamente ao sistema de justiça, formal, colocam-se como uma maneira distinta, mas não menos justa, em face aos mecanismos impositivos decisoriais do modelo de justiça estatal tradicional.

Por meio das nuances que envolvem os princípios da justiça restaurativa, como voluntariedade, empoderamento, participação, colocamos alguns pontos de tensão com o processo penal, visto que acaba por também influenciar no sistema juvenil. Desse modo, com o atual texto normativo, verificou-se a possibilidade de flexibilização do princípio da indisponibilidade da ação socioeducativa, em detrimento do princípio da oportunidade. Ora, se os conflitos, mesmo que infracionais, podem ter uma resposta distinta do processo formal, desde que com a supervisão do Estado, não desmerece tal decisão ser afastada. O que não se confunde no uso de práticas restaurativas como instrumento de efficientismo, mas revela-se na construção de uma experiência subjetiva de justiça para as partes envolvidas.

De tais elementos, sucintamente apresentados, restou a justiça restaurativa ser um modelo possível no âmbito do sistema de justiça juvenil brasileiro. Sobretudo, a partir da prática restaurativa, utilizada no Brasil, com o Projeto para o Século 21, de Porto Alegre.

A sistematização do uso de práticas restaurativas no Brasil, na Justiça Juvenil, é possível, sem a necessidade de haver mudanças legislativas, vide o próprio SINASE que institui a possibilidade das práticas restaurativas no atendimento socioeducativo. O que é desafiante, é a consolidação do uso de práticas restaurativas fora do sistema de justiça, em uma fase de implementação da justiça restaurativa.

De outro modo, influenciar na construção do poder decisoriais das práticas jurídicas, por meio da racionalidade da justiça restaurativa é o desafio que se impõe no sentido de potencializar o aspecto transformador da justiça juvenil e quebrar a lógica meramente punitiva. Alinhar o discurso jurídico com a prática institucional.

Somente assim, à guisa de uma conclusão, novas bases empíricas e outros olhares sobre o sistema de justiça poderão ter um efeito concreto de mudança, como a que

se propõe o modelo restaurativo inserido, também, em nosso Sistema de Justiça Juvenil, certamente, Restaurativo.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). **Justiça para o século 21**: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; BRANCHER, Leoberto Narciso. **Relato da implementação do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS, visando à introdução de práticas restaurativas na pacificação de situações de violências envolvendo crianças e adolescentes**. 2008. Disponível em: <[http://www.justica21.org.br/arquivos/bib\\_241.doc&ei=miadUo\\_pH\\_HjsASNx4Fg&usg=AFQjCNGujAP6VbceqWhPEbFhr6-sQdAYRQ&bvm=bv.57155469,d.cWc](http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_241.doc&ei=miadUo_pH_HjsASNx4Fg&usg=AFQjCNGujAP6VbceqWhPEbFhr6-sQdAYRQ&bvm=bv.57155469,d.cWc)>. Acesso em 01 jun 2016

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. **O Conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010

Alison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative Justice in New Zeland. In: VON HIRSCH, Adrew (et. al.) **Restorative Justice and Criminal Justice**. Competing or Reconciliable Paradigms? Portland: Hard Publishing, 2003, p. 258.

ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416>>. Acesso em: 17 maio 2016  
ARAÚJO, Silvana Miceli. "Da caridade à justiça: uma análise da Justiça de Menores", in Os conflitos sociais da menoridade: um estudo da produção jurídica do menor, **Programa de Políticas Públicas do Centro de Ciências Sociais** - PUC/RJ, 1984.

ARIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**, Rio de Janeiro, Zahar, 2.a d., 1981.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. "La responsabilidad penal de los menores". In: GRACIA MARTÍN, Luis. (coord.) **Lecciones de Consecuencias jurídicas del Delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004

BRAITHWAITE, J. **Restorative Justice**, in M. Tonry, ed., Handbook of Crime and Punishment .New York: Oxford University Press. 1998.

\_\_\_\_\_. Entre a proporcionalidade e a impunidade: Confrontação Verdade Prevenção. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006

\_\_\_\_\_. **Restorative Justice**. The Handbook of Crime and Punishment. Oxford: Oxford University Press, 1998

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Decreto Federal 17.943, de 12 de outubro de 1927, artigo primeiro. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 2 maio 2016.

BRASIL, Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Disponível em: <[HTTP://www2.mp.ma.gov.br/ampem1.asp](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem1.asp)>. Acesso em: 03 maio 2016.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010

CAVALLIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente – 395 objeções**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

CHRISTIE, Nils. **Limits to pain**. The role of punishment in penal policy. Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981

CILLERO Bruñol, Miguel. **Los derechos de los niños y los límites del sistema penal. Adolescentes y justicia penal**. Santiago (Chile): Bravo y Allende Ed., 2000.

CIRINO DOS SANTOS, J. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Ed. 4. Curitiba: Lúmen Júris, 2005

COSTA. Antonio Carlos Gomes da (org). **Os regimes de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente: perspectivas e desafios**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – SEDH/PR, 2006.

\_\_\_\_\_. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócios-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

\_\_\_\_\_. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócios-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y Metodología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006

DALY, Kathleen. **Restorative Justice : The Real Story, Punishment and Society**. Disponível em: <http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/6547/kdpaper12.pdf?se>. Acesso em: 15 maio 2016

DORADO MONTERO, P. **Bases para um Nuevo Derecho Penal**. Nueva edición com prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Depalma, 1973

Eugenio, Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**,

FAGET, J. **La médiation – Essai de politique pénale**. (Ramonville Saint-Agne : éditions Erès). 1997

\_\_\_\_\_ **La médiation penale: une dialectique de l'ordre et du désordre. Déviance et société**, Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1993\\_num\\_17\\_3\\_1304](http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1993_num_17_3_1304) Acesso em: 15 maio 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal**, . 4ª edición. Madrid: Trotta. 2000

\_\_\_\_\_ **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

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

FRASSETO, Flávio Américo. Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução. In: **Matriz Curricular De Formação Continuada Do SINASE**, no prelo, 2011

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de Molina; **CRIMINOLOGIA**. 6ª Ed. – São paulo: Revista dos Tribunais, 2008

GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. La Nueva Responsabilidad penal Del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. In: **Revista Penal**. N°9. Editora La Ley, 2002.

GOMIDE, Paula. **Menor Infrator a Caminho de um Novo Tempo**. Curitiba: Juruá, 1990.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. ZRp, Held, 10. 1992

\_\_\_\_\_ **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Reus, t.2, p. 390

HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**. Barcelona: Bosch, 2003

JACCOUD, Mylène. Innovations pénales et justice réparatrice. Disponível em: <http://champpenal.revues.org/1269>. Acesso em: 15 maio 2016

\_\_\_\_\_ Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005

JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história da Legislação do Menor. **Rev. de Psicologia**, Fortaleza, 4,81 - 103, jul/dez. 1986.

JORNAL DO SENADO — Brasília, terça-feira, 7 de julho de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/ate-lei-de-1927-criancas-iam-para-a-cadeia>. Acesso em: 02 maio 2016

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1998

LAHALLE, Anina. “As regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores”. São Paulo: **I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores**, 1989

LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015

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

MARSHALL. Tony F. La Justice Restauratrice: vued’ensemble. In: Gaily, Philippe (org). **La Justice Restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes. **Série Pensando o Direito**. nº 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en El Estado Social y Democratico de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

NOGUEIRA FILHO, Paulo. **Sangue, corrupção e vergonha**. São Paulo: Organização Libertas, 1956.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática – 1ª Ed.** – São Paulo: IBCCRIM, 2009

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005

PIRES, Álvaro, 2001, La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », **Sociologie et sociétés**, vol. 33, n° 1, p. 179-204

\_\_\_\_\_ **Responsabilizar ou punir?** A justiça juvenil em perigo. In Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006..

\_\_\_\_\_ **Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne.** In: Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Bruxelles: De Boeck Université, 1998

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal:** legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil:** Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, n° 1, p. 9-11.

Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VYB-3fIViko>. Acesso 13 maio 2016.

ROCHE, Declan. **Rétribution et Justice Restauratrice**, Larcier: Bruxelles, 2011

ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Madrid: Réus, 1981

\_\_\_\_\_ **Derecho Penal – Parte General** - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito Madrid: Civitas, 1997

\_\_\_\_\_ **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, trad da 2ª Ed. Alemã, reimpressão, Thomson/Civitas: 2003

SANTANA, Selma Pereira. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais:** RBCCrim, v. 13, n. 52, p. 250-275, jan./fev. 2005

SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa.** Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral:** uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_ **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIFF, Models. Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies, VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003

SCURO NETO, Pedro. **A Justiça Como Fator de Transformação De Conflitos: Princípios E Implementação.** Contribuição ao Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha, São Paulo, abril de 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>> Acesso em: 15 maio 2016.

SECRETARIA DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Levantamentos. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-eadolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidas-socioeducativas/levantamentos-anuais>> Acesso em: 2 jun 2016.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime, Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2007.

SILVA. Germano Marques, **Curso de Processo Penal** – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal.vol I, 6ª Ed, Lisboa:Verbo, 2010

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.p.22

SOARES, J. J. B. S. O Sistema Socioeducativo no âmbito do estado do Rio de Janeiro: panorama atual e perspectivas. In: BRITO, L. M. T. (Coord.). **Responsabilidades: ações socioeducativas e políticas públicas para a infância e juventude no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. “Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional”. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização.** São Paulo: ILANUD: 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes.** 2011. 227f. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Maria Auxiliadora Minahim [Orientadora]

\_\_\_\_\_ Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** N. 58 – janeiro/fevereiro de 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2006

STRIMELLE, Véronique. **La justice restauratrice: une innovation du penal?.** Disponível em: <http://champpenal.revues.org/912>. Acesso em: 15 maio 2016

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring Justice** – An Introduction to Restorative Justice, 4ª Ed., Cincinnati: Anderson Publishing, 2010

VON HIRSCH, A. **Censure and sanctions.** Oxford: Clarendon Press, 1993

WALGRAVE, L. Au-delà de la rétribution et de la réhabilitation : la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance des jeunes ?

in J. F. Gazeau e V. Peyre, eds., **La justice réparatrice et les jeunes (Vaucresson, 9<sup>ièmes</sup> journée internationales de criminologie juvenile)**: p. 5-28.1993

\_\_\_\_\_ **Imposição da restauração no lugar da dor**: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.433

\_\_\_\_\_ **L'avenir de la justice restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011

\_\_\_\_\_ **La justice réparatrice**: à la recherche d'une théorie et d'un programme, in *Criminologie*, Vol. 32, 1999.

\_\_\_\_\_ **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Devon: Willan Publishing, 2008

\_\_\_\_\_ Comment combiner Justice Restauratrice et Justice Pénale: questions et discussions. In: GAILY, Philippe (org) **La justice restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011.

\_\_\_\_\_ Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

\_\_\_\_\_ **Combiner Justice Restauratrice et Justice Pénale**. Bruxelles: Larcier, 2011, p. 439.

WEITEKAMP, Elmar. **The history of restorative justice**, A restorative justice reader. Ed. Gerry Johnstone, Devon: Willan Publishing, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Temis, 1990

\_\_\_\_\_ Do advogado – art. 206. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAPPE, J. G. (et al): **A internação de adolescentes em conflito com a lei**: uma reflexão teórica sobre o sistema socioeducativo brasileiro. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2011.

Zehr, H. J. **Changing lenses : a new focus for crime and justice** .Scott Dale, P.A., and Waterloo, Ont.: Herald Press. 1990.

\_\_\_\_\_ Justice Rétributive, Justice Restauratrice. In: Gaily, Philippe (org). **La Justice Restauratrice**. Bruxelles: Larcier, 2011.

\_\_\_\_\_ **The Little Book of Restorative Justice**. P.A.: Good Books, Intercourse, 2003. p.45

\_\_\_\_\_ **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Pala Athena, 2008

ZWINGER, Georg. **Restorative justice practice and its relation to the criminal system**, Actas to the Second Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Bélgica, 2002